Spiel und Wette

im

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Moncke

aus Neubrandenburg.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1904.

Seiner lieben Mutter!

Literatur.

Christ. Friedr. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 11. 1, 1809.
Unterholzer, Schuldverhältnisse des römischen Rechts, 1840.
v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht, 1840.
G. Friedr. Puchta, Pandekten, 1877.
C. Friedr. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1860.
K. A. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1876.
Ludw. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1883.
J. Baron, Pandekten, 1887.
O. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.
B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891.
H. Dernburg, Pandekten, 1894.
C. F. v. Gerber (Cosack), System des Deutschen Privatrechts, 1895.
O. Stobbe (Lehmann), Handbuch des Deutschen Privatrechts, 1898.

F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899.
B. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
K. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900.
B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. von Th. Kipp, 1900.
C. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900. 1902.
G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1897.
P. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

H. Thöl, Das Handelsrecht, 1879.
K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1903.
H. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1900.

P. Daude, Das Strafgesetzbuch, 1900.
F. E. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1899.

Wilda, Lehre vom Spiel, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 1, 1839.
Wilda, Die Wette, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 8, 1843.
Gaus, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830/32.
Bruck, Über Spiel und Wette, 1868.
Krügelstein, Der begriffliche Unterschied zwischen Spiel und Wette, 1869.
Schuster, Das Spiel, seine Entwickelung und Bedeutung im deutschen Recht, 1878.
Schönhard, Alea, 1885.
Heinzerling, Die Wette, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft.
Goldschmidt, Wette und Glücksspiel, in seiner Zeitschrift, Bd. 28.
Stenglein, Glücksspiel und Wette, in der Zeitschrift für Strafrecht, 1883.
Hess, Spiel und Wette, 1892.
Arnheim, Spiel und Wette, 1898.
Mengel, Spiel und Wette, 1901.
Hirschfeld, Wettrennen und Rennwetten, 1899.
Ubbetohde, Die klaglosen Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38, S. 210.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896.
Emminghaus, Spiel-Anlehen, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. 7, 1870.

Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Privatrecht, 1882. (Cosack, Kritik dieser Schrift in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 30.)
Endemann, Die Lehre von der emptio rei speratae und emptio spei und deren Bedeutung für das heutige Recht, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 12, S. 345, anno 1885.
Endemann, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die landesrechtlichen Lotterieverbote, Deutsche Juristenzeitung, 1898, S. 51.
Delius, Die preußische Lotterie-Gesetzgebung im Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, im Preußischen Verwaltungsblatt, Bd. 19, Nr. 10 und 18.

Cohn, Lotterie und Ausspielgeschäft, in Endemann's Handbuch des Handelsrechts, 1885.
Eberhard, Kauf des Lotterieloses, 1898.
Brunnabend, Beitrag zur Lotterie, 1899.

Bender, Verkehr mit Staatspapieren, Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, 1830.
Thöl, Verkehr mit Staatspapieren, 1835.
Grünhut, Börsengeschäfte.
Kitzinger, Begriff und Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, 1893.
Dreyer, Differenzgeschäft, Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, 1892.
Simon, Zur Frage der Klagbarkeit der sogen. Differenzgeschäfte, Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 41, 1893.
Wiener, Differenzgeschäft, 1893.
v. Gagern, Differenzgeschäft, 1894.
v. Thaer, Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, 1895.
Riesser, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, 1900.
Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Börsengesetz, Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, 1901.

Inhaltsangabe.

Einleitung.

Geschichte der rechtlichen Behandlung von Spiel und Wette.

Seite

§ 1. I. Früheres Recht 11
II. Geltendes Recht.
§ 2. 1. Entstehung der einschlägigen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches 18
§ 3. 2. Die geltenden Reichsgesetze, die sich mit Spiel und Wette befassen 20

Abhandlung.

Spiel und Wette im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Begriffsbestimmung von Spiel und Wette.

§ 4. Vorbemerkung 23

A. Das Spiel.

§ 5. 1. Spiel als Gegensatz zur Arbeit 25
§ 6. 2. Spiel um Geld 26
§ 7. 3. Kennzeichen des Spieles 29

B. Die Wette.

§ 8. 1. Die Natur der Wette 36
§ 9. 2. Verhältnis der Wette zum Spiel 39
§ 10. 3. Einseitige Wetten 41

II. Rechtliche Behandlung von Spiel und Wette.

§ 11. 1 Stellung im System 44
§ 12. 2. Gleichbehandlung mit anderen Verträgen . . . 46

Seite

§ 13. 3. Die Beschränkung in der Wirkung 53
§ 14. 4. Einwirkung der Beschränkung auf andere Rechtsgeschäfte, die dem Spiel- oder Wettzweck dienen sollen 64

Anhang.

Die besonderen Vorschriften der §§ 763 und 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 15. 1. Lotterie und Ausspielung 70
§ 16. 2. Das Differenzgeschäft 74

Einleitung.

Geschichte der rechtlichen Behandlung von Spiel und Wette.

I. Früheres Recht.

§ 1.

In der Schilderung, die uns Tacitus von dem Leben und Treiben der alten Germanen entwirft, ist eines der interessantesten Bilder das, das uns ihre Spiellust und Leidenschaft vor Augen führt, eine Leidenschaft, die soweit geht, ut, cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendant[1]. Diese Spiellust hat auch die Jahrhunderte überdauert, aus denen uns wenig Quellen für den Kulturzustand des deutschen Volkes zu Gebote stehen und wir fast nur aus den Gesängen und Sagen Anhaltspunkte für die Zeichnung eines Sittenbildes entnehmen können. Auch sie erwähnen Wette und Spiel und lassen ihre Helden sich daran ergötzen und räumen zuweilen dem rollenden Würfel bestimmenden Einfluß auf das Schicksal von Göttern, das Bestehen von Reichen und das Dasein von Menschen ein[2]. Von dem 13. Jahrhundert an stehen uns reichlicher Rechtsquellen zu Gebot, vor allem geht aus den Aufzeichnungen der Stadtrechte hervor, wie sehr

[1] Tacitus, Germania c. 24.

[2] Schuster, Das Spiel und seine Entwickelung und Bedeutung im deutschen Recht. S. 2 ff.

noch immer die Spielleidenschaft das deutsche Volk beherrscht, gleichzeitig aber auch, daß das Recht den Gefahren des Spiels nicht gleichgültig gegenübersteht, und teils durch Verbote und Strafen, teils dadurch, daß es die durch Spiel erworbenen Rechte nicht oder nur beschränkt anerkennt, versucht bessernd und helfend einzugreifen. Verschiedengestaltig wie das Leben des deutschen Volkes in damaliger und späterer Zeit sind die Rechtsbestimmungen, teils gesetzgeberisch reformierend, teils lediglich anerkennend kodifizierend, teils dem gewinnenden Spieler geneigt, teils ihm abgeneigt, und dies letztere in dem weitaus größeren Teil des Rechtsgebiets [1]. Aber durchgehends steht das Recht dem Spiel nur dann feindlich gegenüber, wenn Mißbrauch mit dem Spiel getrieben wird. Wo es sich mit der Wette beschäftigt, gibt es durchgängig dieselben Vorschriften wie für das Spiel, und man kann im Ergebnis für die Behandlung von Spiel und Wette im älteren deutschen Recht den Grundsatz aufstellen, daß ein Anspruch auf Rückgabe des einmal gezahlten Spielverlustes nicht gegeben wird, Klage auf Leistung in seltenen Fällen, daß es aber für ein Spiel mit mäßigen baren Sätzen, bei dem es ehrlich zugeht, keinen Tadel hat.

Mit der Rezeption kam das deutsche Rechtsleben unter den Einfluß des römischen Rechts. Auch wie beim deutschen Recht sind in der Rechtsgeschichte der Römer die ältesten Nachrichten über das Spiel spärlich gesäet [2]. Was der deutschen Rechtsgeschichte Tacitus gibt, das geben der römischen verstreute Bemerkungen in den Werken römischer Dichter und Redner. Ungefähr 200 Jahre vor Christi Geburt schrieb Paulus seinen miles gloriosus, in dem von einer lex alearia die Rede ist, und aus

[1] cf. Schuster, l. c. S. 108.

[2] cf. hierüber und das Folgende: Schönhärd, „Alea, über die Bestrafung des Glücksspiels im römischen Recht".

dem Zeitalter des Kaisers Augustus gedenken Ovid in seinen Gesängen aus der Verbannung und Horaz in seinen Oden des Spiels als durch die Gesetze untersagt. Etwas mehr Anhalt gibt Cicero, der in seiner Orat. Phil. 2. 23, 56 einen Fall erwähnt, daß gegen eine lex quae est de alea verstoßen sei und aus seinen weiteren Angaben den Schluß ermöglicht, daß ein publicum judicium wegen verbotenen Spielens stattgefunden habe. Im übrigen beruht unsere weitere Kenntnis auf dem Werke Justinian's. In den Dig. 11. 5 de aleatoribus wird von einem prätorischen Edikt, einem Senatsbeschluß und drei Gesetzen berichtet, die vom Spiel handeln. Der Grundgedanke des in den Digesten enthaltenen Rechts ist der, daß das Spiel um Geld schlechthin verboten ist, mit alleiniger Ausnahme der fünf in dem von Paulus zitierten Senatsbeschluß aufgeführten gymnastischen Spiele[1]. Außerdem ist erlaubt quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere[2]. Die auf die erlaubten Spiele eingegangenen Verträge waren vollkommen rechtsbeständig, die auf verbotene nichtig und das Betreiben dieser verbotenen Spiele stand unter Strafe. Auch in den Konstitutionen Justinian's, Codex 3. 43 de aleae lusu et aleatoribus erscheint die Einteilung in verbotene und erlaubte Spiele wieder, mit der rechtlichen Folge, daß das auf Grund eines nicht besonders erlaubten Spiels Gezahlte zurückgefordert werden kann und eine Klage hierauf erst in 50 Jahren verjährt und auch auf die Erben übergeht. In c. 4 Cod. l. c. 3. 43 sind dann die fünf Spiele aufgeführt, die erlaubt sind, sofern nicht höher als um einen solidus gespielt wird. Die Bezeichnungen dieser fünf Spiele geben keinen sicheren Anhalt, welcher Art sie gewesen und nur das lassen die

[1] l. 2. § 1. Dig. l. c. 11. 5: Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat.

[2] l. 4. pr. Dig. h. t.

dem Griechischen entlehnten Worte[1] erkennen, daß es sich um Sportspiele handelt, so daß die Vermutung nahe liegt, in ihnen die durch die wechselnde Mode umgestalteten Kampfspiele des von Paulus zitierten Senatsbeschlusses wieder zu finden. Die Strafbestimmungen, die schon von Justinian eingeschränkt sind, haben für das gemeine Recht keine Bedeutung erlangt. Ob eine vom Spiel verschiedene Wette in den römischen Rechtsquellen überhaupt vorkommt, ist eine Streitfrage[2], bei der die herrschende Meinung dahin geht dies zu bejahen, ohne aber aus den Quellen sichere Anhaltspunkte für die rechtliche Behandlung gewinnen zu können.

Im gemeinen Recht streiten deutsche und römische Rechtsgrundsätze um die Herrschaft und geben der Lehre vom Spiel infolge ihrer teilweisen Unvereinbarkeit den Charakter größter Unsicherheit und Unbestimmtheit. Schuster findet die Unvereinbarkeit beider vor allem dadurch erklärt, daß die Spiellust des Deutschen und des Römers auf zwei entgegengesetzten Beweggründen beruht. Bei unseren Vorfahren, führt er aus[3], führt derselbe Grund zum Spiel, der sie Kampf und Streit mit Menschen, wilden Tieren und Elementen aufsuchen machte, der Reiz der Gefahr für den männlichen Mut, und er findet dies „nicht zu wundern, denn einem Volke, welches nur das als Tätigkeit betrachtete, was Blut, nicht aber was bloß Schweiß kostete (Germ. 14), das aber doch kein Räubergesindel war, sondern oft lange Perioden des Friedens

[1] Nach Krüger und Mommsen: Anatolii indicem exhibet Nomoc. 13, 28: § 4 *μόνον δὲ παίξειν ἔξεστι μονόβολον καὶ κονδομονόβολον καὶ κυϊντανὸν κόνδακα χωρὶς τῆς πόρπης καὶ περιχυτὴν καὶ ἱππικὴν ἄνευ τέχνης καὶ ἐπινοίας.*

[2] Dafür Glück, „Pandekten“ XI S. 350 ff.; Wilda, „Die Wette“ S. 215; Windscheid, „Pandekten“ II § 419; Dernburg, „Pandekten“ II § 105; Sintenis, „Civilrecht“ II § 123 II und andere. Dagegen vor Allem: Thöl, „Verkehr mit Staatspapieren“ S. 264 ff.; Endemann, „B.G.B.“ I. S. 848.

[3] Schuster, l. c. S. 30 ff.

hatte, mußte es für diese allein als würdige Beschäftigung ansehen, die Gefahr in einer anderen Form zu versuchen, von ihrem Standpunkte konnte das Spiel nicht anders, denn ehrenvoll gelten, als etwas, das überall dem freien Mann wohl anstand". Für den Römer Tacitus war dagegen, wie Schuster ausführt, die Gewinnsucht beim Spiel etwas so selbstverständliches, daß er sich keinen anderen Beweggrund als sie auch für die Germanen als treibend vorstellen konnte und so bei der Beurteilung der fides, die er bei der Erfüllung der Spielschulden feststellen mußte, zu dem Resultat kam, sie eine prava pervicacia zu nennen. Man wird zugeben können, daß diese Schuster'sche Ansicht über den im Spiel sich offenbarenden Gegensatz im Charakter der Deutschen und Römer dem Bilde entspricht, das wir uns von unsern Vorfahren auf beiden Ufern des Rheins und den beutegierig in deren Land dringenden Römern gewöhnlich entwerfen, jedenfalls herrschte schon in der älteren Literatur des gemeinen Rechts Streit[1], ob die römischen Rechtssätze über das Spiel in ihren Einzelheiten in Deutschland anwendbar oder ob die Satzungen und Gewohnheiten des einheimischen Rechts maßgebend seien. In der späteren Zeit des gemeinen Rechts brach sich dann die vor allem von Wilda in seinen grundlegenden Schriften über das Spiel[2] und die Wette[3] verteidigte Meinung Bahn, daß die römischen Bestimmungen der deutschen Auffassung von Spiel und Wette so wenig entsprächen, daß ihre Anwendung, soweit sie einen gezahlten Spielverlust für zurückforderbar erklären, ausgeschlossen sei, und ihre Einteilung der Spiele in erlaubte und unerlaubte nach römischen Grundsätzen für

[1] Vergl. Endemann, „Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Privatrecht" S. 23—33.

[2] Wilda, „Lehre vom Spiel" in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 2. S. 133—193, anno 1839.

[3] Wilda, „Die Wette" in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 200—239, anno 1843.

deutsche Verhältnisse undurchführbar sei. Gleichzeitig behielt die, wenn nicht vom römischen Recht anerkannte, so doch bei den Bestimmungen in diesem weniger bedrohte Wette Anerkennung als klagbarer Vertrag, so daß man als Ergebnis des Kampfes im gemeinen Recht für den größten Teil seines Gebiets folgenden Zustand als gegeben annehmen kann: Beim Spiel beruht die Einteilung in erlaubte und verbotene Spiele nicht mehr auf der römischen Auffassung, sondern richtet sich nach den geltenden Strafgesetzen. Auch das nicht verbotene Spiel erzeugt keine klagbare Verbindlichkeit[1], aber das auf Grund eines solchen Spiels Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Die Wirkung des verbotenen Spiels ist abhängig von der Kraft des Verbotes: nirgends Klagbarkeit, zuweilen Rückforderung des Geleisteten. In der Wette sah die Wissenschaft wie die Praxis — freilich unter Widerspruch — einen klagbaren Vertrag.

Von den auf dem Gebiete des jetzigen deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches früher geltenden wichtigeren Kodifikationen stand das preußische Allgemeine Landrecht (I. 11. § 577 ff.) auf dem eben entwickelten Standpunkt der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, nur daß es die Wette lediglich dann für klagbar erklärte, wenn sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden, und außerdem (§ 581) Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und geliehen worden, der gerichtlichen Klage entzog. Das französische Recht[2] gewährte für Spiel und Wette keine Klage, aber auch kein Rückforderungsrecht für das freiwillig Geleistete, außer in dem Fall, daß der Gewinner betrogen hat. In der Behandlung der Sportspiele folgte

[1] Besonderheiten für Hamburg und Schleswig siehe Schuster, l. c. S. 211.

[2] Code civil. L. III Tit. XII: Des contrats aleatoires, Chap. 1: Du jeu et du pari. § 1965 ff.

dies Gesetzbuch aus der kriegerischen Zeit des großen Napoleon dem Vorbilde aus der römischen Kaiserzeit und machte sie klagbar, gab aber dem Richter das Recht, die Summen herabzusetzen[1][2]. Nach dem Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch sind redliche und sonst erlaubte Wetten insoweit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen, sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele[3]. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen gibt für Forderungen aus Spiel oder Wette weder Klage noch Einrede, aber auch kein Rückforderungsrecht auf das Geleistete, ausgenommen, wenn das Spiel oder die Wette infolge deren geleistet wurde, verboten ist[4]. Das alte Kurbayerische Recht endlich teilte die Spiele in Kunstspiele, Glücks- und Hasardspiele und gemischte Spiele (ludi Artis, Fortunae vel Mixti) ein. Die Kunstspiele, zu denen das Gesetz beispielsweise Scheiben-Schießen, Ballhaus, Billard, Schach rechnet, und die gemischten Spiele, von denen es z. B. l'hombre, Piquet nennt, sind weder auf bar Geld noch auf Borg verboten und selbst klagbar, sofern es nur redlich im Spiel zugegangen und dabei mit der Geldsatzung das nach eines jeden Stand, Charakter oder Vermögen gebührende Maß beobachtet worden ist. Glücksspiele wie Würfel-

---

[1] l. c. § 1966: Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, les jeux de paumes et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente. — Neaumoins le tribunal peut rejeter la demande quand la somme luit parait excessive.

[2] Dem französischen Recht entsprechend behandeln durchgehends die schweizerischen Gesetzbücher Spiel und Wette.

[3] Österreich. Bürgerl. Gesetzbuch T. II. Hauptstück 29. §§ 1271, 1272.

[4] Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Tit. 30 „Spiel und Wette“ § 1480.

und Pharaonspiel geben keine Klage und sogar ein Rückforderungsrecht, ebenso wie ein solches bei Falschspiel und auch übermäßigem Spiel besteht[1]. Auch die Wette ist im einzelnen geregelt. Sie ist in ehrbaren Dingen, sofern sie nicht zu hoch und exzessiv ist, zulässig und klagbar[2].

II. Geltendes Recht.

1. Entstehung der einschlägigen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2.

Nachdem so in großen Zügen die Rechtslage geschildert ist, die das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich bei seinem Inkrafttreten vorfand, ist eine kurze Geschichte des Werdegangs des Bürgerlichen Gesetzbuches, soweit Spiel und Wette in Betracht kommen, geboten.

Obwohl für das Obligationenrecht des ersten Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches der sogenannte Dresdener Entwurf zur Aushilfe herangezogen werden mußte, ist der Entwurf hinsichtlich Spiel und Wette frei von dem Einfluß desselben, der in seiner sechsten Abteilung „Schuldverhältnisse aus gewagten Verträgen“ unterbringt und im ersten Hauptstück unter „Glücksverträge“ in drei Nummern Spiel, Lotterie und Ausspielvertrag, und die Wette behandelt, auch Definitionen der drei Verträge gibt[3]. Der erste Entwurf vom Jahre 1888 behandelt im zweiten Buch, zweiter Abschnitt, „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden“ und gibt im Titel 1 Allgemeine Vorschriften und in Titel 2—20 die einzelnen Schuldverhältnisse, und darunter im Titel 15 Spiel und Wette unter der so lautenden Überschrift. Diese Überschrift ist in der

[1] Codex Maximilianus Bavaricus civilis IV. c. 12 § 5.

[2] l. c. § 6.

[3] Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866. Artikel 862 bis 869.

weiteren Behandlung unverändert geblieben und nur die Ziffer des Titels war im zweiten Entwurf und in der Bundesratsvorlage 20 und dann in der Reichstagsvorlage wie im Gesetzbuch 17. Eine besondere Einordnung dieses Titels, etwa in eine Zusammenfassung gewagter Verträge hat nicht stattgefunden.

Im ersten Entwurf handelt § 664 von Spiel und Wette. Sein erster Satz lautet: Durch Spiel oder Wette wird ein Schuldverhältnis zwischen den Vertragschließenden nicht begründet. Dieser Satz hat schon vom zweiten Entwurf (§ 704) an die im Gesetzbuch (§ 762) enthaltene Fassung bekommen: Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Der zweite Satz des § 664 ersten Entwurfes: „Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil ein Schuldverhältnis nicht bestanden hat", ist dahin geändert, daß das Wort „jedoch" gestrichen ist und für „ein Schuldverhältnis" „eine Verbindlichkeit" gesetzt ist. Der dritte Satz des § 664 ersten Entwurfes lautete: „Ist über eine Spielschuld oder eine Wettschuld ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis erteilt, so kann der Schuldner die Erfüllung der aus dem Versprechen oder dem Anerkenntnisse sich ergebenden Verpflichtung verweigern oder Befreiung von der letzteren verlangen". Im zweiten Entwurf hatte dieser Satz als Absatz 2 des § 704 die Fassung: „das Gleiche gilt von einer Vereinbarung, durch welche der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingegangen ist, insbesondere von einem Schuldanerkenntnisse", und im § 749 der Bundesratsvorlage und § 748 der Reichstagsvorlage die endgiltige Fassung des § 762, Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches, die statt „das Gleiche gilt von" setzt „diese Vorschriften gelten auch für" und statt „eingegangen ist" „eingeht".

Der § 665 ersten Entwurfes lautete: „Auf den Lotterievertrag oder Ausspielvertrag finden die Vorschriften des § 664 Anwendung. Ein solcher Vertrag ist jedoch rechtsverbindlich, wenn die Lotterie oder Ausspielung staatlich genehmigt war". Dieser Paragraph hat vom zweiten Entwurf an die endgültige Fassung des § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches erhalten: „Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung".

Die Aufnahme des dritten Paragraphen des Titels 17 des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 764, ist erst vom Reichstag beschlossen worden, nachdem ein hieraufgehender Antrag in der Kommission für den Entwurf zweiter Lesung vom Antragsteller mit Rücksicht auf die damals noch nicht abgeschlossenen Beratungen der Börsenenquetekommission zurückgenommen war[1]. Der § 764 lautet: „Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß".

2. Die geltenden Reichsgesetze, die sich mit Spiel und Wette befassen.

§ 3.

Neben diesen im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Vorschriften über das Spiel kommen aus dem Reichsrecht noch einzelne Gesetze in Betracht, die sich mit dem Spiel beschäftigen, so das Gesetz vom 1. Juli 1868, betreffend

[1] Protokolle, Band II. S. 804.

die Schließung und Beschränkung der öffentlichen Spielbanken, und vor allem das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 in seinem § 284 „Wer aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Ist der Verurteilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen"; im § 285 „Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausend fünfhundert Mark bestraft"; im § 286 „Wer ohne obrigkeitliche Erlaubnis öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Den Lotterien sind öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten". Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft bedroht das Strafgesetzbuch im § 360 sub 14 den, der „unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält" und gestattet daneben die Einziehung der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht, und bestraft auch im § 361 sub 5 den Spieler, der sich zu Grunde richtet, mit Haft. Mit den Folgen des Spiels beschäftigt sich auch die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 bezw. 17. Mai 1898, die im § 240 sub 1 bestimmt, daß Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wegen einfachen Bankerutts mit Gefängnis bestraft werden, wenn sie „durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren[1] übermäßige

[1] Vergl. B.G.B. § 764 „Wertpapiere".

Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind". Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, dagegen bei mildernden Umständen auch auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark. Weiter sind hier noch zu erwähnen das Gesetz vom 8. Juni 1871, betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, und das Börsengesetz vom 22. Juni 1896.

Spiel und Wette im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Begriffsbestimmung von Spiel und Wette.

Vorbemerkung.

§ 4.

Wie gesagt, vermeidet es das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum Dresdener Entwurf von dem Spielvertrag oder dem Wettvertrag eine Definition zu geben und die Motive bemerken hierzu [1], daß die Definition der Wissenschaft zu überlassen ist, was bei der Unterstellung der beiden Verträge unter dieselben Regeln unbedenklich sei. Hierdurch ist auf diesem Gebiete das vermieden, was neue Gesetze leicht mit sich bringen, der Bruch mit der Vergangenheit, mit dem geschichtlich Gewordenen. Nun schreitet zwar die Lebensauffassung eines Volkes mit dem Wechsel der Generationen stets sich ändernd fort, aber wenn auch ein Nachweis des Spiels zur Zeit der alten Germanen, ein Nachweis der Auffassung vom Spiel im Mittelalter, ein Nachweis von der Bedeutung des Spiels im Rechtsleben der Römer von großer Wichtigkeit hauptsächlich nur für den ist, der aus dieser historischen Entwickelung heraus eine rechtliche Behandlung begründen muß, so erleichtert doch dem, der die Auffassung der heute lebenden Generation von Spiel und von Wette

[1] Motive, Band 2, S. 643.

konstatieren soll, ein Zurückgreifen auf die Zeit, auf deren Boden das neue Recht gewachsen ist, die Lösung seiner Aufgabe. Der Übergang der Herrschaft vom alten Recht auf das neue wird durch keinen Cäsurstrich in der begrifflichen Auffassung von Spiel und Wette bezeichnet. Was die Literatur des gemeinen Rechts an Wahrem gegeben hat, das gilt weiter; die Unterscheidungen der Gesetze, die mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes verwachsen gewesen sind, werden weiter das Denken beherrschen, nicht mehr zwingend wie früher, sondern überzeugend, und dabei beeinflußt von dem Gedanken der neuen Rechtseinheit, daß das, was früher lediglich auf positiver Vorschrift beruhte, nun dieser Unterlage entbehrt; weiter gelten endlich auch die Reichsgesetze, die sich mit dem Spiel beschäftigen.

Die vornehmste Neuheit, die das Bürgerliche Gesetzbuch auf unserem Gebiete einführt, ist die der Gleichstellung von Spiel und Wette in ihrer rechtlichen Behandlung. Der größte Teil der bisherigen Literatur war von diesem Gegensatz beherrscht. Immer wieder kehrten die Versuche, einzelne Vorgänge, wie vor allem das Differenzgeschäft und die Rennwetten, der Spielauffassung zu entziehen und sie als Wetten klagbar zu machen. Immer wieder mußten bei neuen Formen dieser Versuche die Merkmale anders aufgestellt werden, mit denen die Wissenschaft sich abmühte, Spiel und Wette von einander zu scheiden. Günstig hat der Zwang, unter dem die Wissenschaft stand, nicht auf die klare Erkennung der beiden Begriffe eingewirkt: sie durfte bei der historisch oder gesetzlich gegebenen Verschiedenheit in der Behandlung von Spiel und Wette nicht zu dem Resultat kommen, zwischen beiden wird nicht immer zu unterscheiden sein, und das ist bei der Benutzung der bisherigen Literatur vor allem zu berücksichtigen, wenn man deren Erzeugnisse als Hilfsmittel für die Ergründung der Begriffe „Spiel“ und „Wette“ zu Rate ziehen will.

A. Spiel.

1. Spiel als Gegensatz zur Arbeit.

§ 5.

Das ist keine Arbeit, das ist Spielerei, ist der Tadelsruf für den, der seine Kräfte anstrengt und dabei nichts schafft. Spiel kann eine Tätigkeit sein in voller Absicht des Tätigen und in der Beurteilung der Mitmenschen, so wenn im Fußballspiel, im Tennisspiel dem Körper angestrengte Bewegung gewährt oder im Schachspiel das Denken in Anspruch genommen wird; Spiel kann dem Dritten Arbeit sein, während dem Tätigen seine Tätigkeit Selbstzweck, der tatsächlich bewirkte Erfolg ihm völlig gleichgiltig ist, so wenn der Millionär, um nicht fett zu werden, täglich Holz haut oder Wasser pumpt, oder ein Zeitungsleser sich mit der Lösung einer mathematischen Rätselaufgabe quält; ernste Arbeit kann dem Tätigen sein Tun sein und doch dem richtig urteilenden Dritten nur als Spielerei gelten, da bei der Art und Weise der Tätigkeit, durch die völlig verkehrte Richtung des Tuns ein den wahren Absichten des Tätigen entsprechender Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, so wenn ein Großgrundbesitzer um sein Gut zu heben seine Zeit statt zur Leitung der Arbeit zum eigenhändigen Ausbessern der Wagen benutzt oder der Führer eines Ozeandampfers eigenhändig die Kabinen streicht. Spiel und Arbeit sind die Gegensätze. Der Grund zur Arbeit kann unmittelbarer äußerer Zwang sein, wie beim Sklaven und Sträfling, er kann in der zwingenden Notwendigkeit liegen, zu schaffen, damit Brot und Obdach gewährt wird, und er kann aus der freien Lust an der Arbeit, an dem Schaffen selbst bestehen. Der Grund zum Spiel kann die Unmöglichkeit sein, sich zu ernster Arbeit aufzuraffen, verbunden mit dem inneren Drang, die vorhandenen Kräfte zu betätigen, er kann in der Notlage liegen, einseitige Tätigkeit des Geistes oder des Körpers durch entsprechende Beschäftigung

auszugleichen und er kann endlich aus der freien Lust an der durch keine Zweckmäßigkeitsgründe gelenkten und behinderten Entfaltung der geistigen oder körperlichen Kräfte bestehen. Die Betätigung am Spiel wird meist ein Behagen hervorrufen, ein weit reineres Vergnügen aber wird dem aus freier Lust Arbeitenden sein Schaffen bringen. Nicht die Stimmung des Gemütes, die von dem jeweiligen Tun herbeigeführt wird, unterscheidet Spiel und Arbeit[1], sondern Spiel und Arbeit stehen sich als Begriffe für die Sonderung der menschlichen Tätigkeit dann gegenüber, wenn diese von dem Standpunkt ihres wirtschaftlichen Wertes für den Einzelnen oder die Gesamtheit eingeschätzt wird. Für den Einzelnen oder die Gesamtheit, das heißt, auch hier gibt es keine absolute Wertfestsetzung. Die gleichzeitige und gleichartige Ausübung derselben Tätigkeit kann dem einen Arbeit, dem andern Spiel sein: im Wettrennen reitet ein Jockey neben einem Herrenreiter, auf dem Tennisplatz kämpft ein Trainer mit einem Sportbeflissenen, in einem Caféhaus gibt der Billardmarqueur sich als Partner des Gastes her, im Salon spielt der Geiger, im Konzerthaus übt er seinen Beruf aus, im Freundeskreis spielt der Taschenspieler, im Variété arbeitet er. In seinem ureigensten Sinn wird daher das Wort „Spiel“ gebraucht für eine Tätigkeit des menschlichen Körpers oder Geistes, die einen wirtschaftlichen Erfolg nicht zeitigt und sich dadurch in Gegensatz setzt zur schaffenden Tätigkeit, zur Arbeit.

2. Spiel um Geld.

§ 6.

Dieser weite Kreis menschlicher Tätigkeit, die die Lebensauffassung mit dem Worte „Spiel“ kennzeichnet, bietet nur selten dem Recht ein Interesse. Soweit die Freiheit des menschlichen Tuns überhaupt geht, soweit

[1] Anderer Meinung Cosack, „Bürgerliches Gesetzbuch“ Bd. 1, Seite 570.

reicht auch die Freiheit zu spielen: der Sammler darf Briefmarken sammeln, wer will, darf sich mit Geduldspielen beschäftigen, wer Grundstücke sein eigen nennt, kann seine Scholle unbebaut lassen und sich mit dem Warten auf das Heranwachsen der Stadt die Zeit vertreiben, wer Kohlenaktien besitzt, kann täglich nach dem Kurszettel seinen „Gewinn“ oder „Verlust“ berechnen, er kann sie mit Gewinn oder Verlust verkaufen — sofern sie nicht die im menschlichen Zusammenleben begründeten notwendigen Pflichten verletzen, stört sie niemand. Ein Interesse am Spiel hat das Recht nur dann, wenn das Spiel Beziehungen vermögensrechtlicher Natur zwischen zwei oder mehreren Personen beeinflußt.

Die Gründe, die die Spieler dazu veranlassen, Vermögensverschiebungen an die Wechselfälle des Spiels zu knüpfen, sind ebenso verschieden wie die Gründe, die zum Spiele selbst führen. Wenn ein Ruderverein, ein Schachklub Spiele um Preise veranstaltet, so mag deren materieller Wert häufig ein geringer sein, gewaltig hoch aber dem Sieger die Ehre stehen, ihn gewonnen zu haben, durch die Zuerkennung des Preises dokumentiert zu erhalten, daß er gut gespielt habe. Der Amerikapokal ist ein einfacher silberner Pokal und hunderttausende und abermals hunderttausende von Mark werden dafür aufgewandt, ihn im Segeln zu erringen und zu verteidigen. Im Wettrennen werden häufig Preise ausgesetzt, die dem Sieger hohen Geldgewinn versprechen, und die Folge davon ist, daß sich die besten Kräfte messen, allerdings auch, daß sich Mitspieler einfinden, bei denen die Freude an dem Sieg über die Konkurrenten nur materieller Natur ist, denen der Sport Mittel zum Erwerb geworden ist, ohne aber darum für die Allgemeinheit den Charakter des Spiels eingebüßt zu haben und den darum trotz entgegengesetzter Auffassung einzelner [1] das Recht noch immer als

[1] Vergl. Hirschfeld, „Wettrennen und Rennwetten“, S. 21, der die Zuchtrennen wegen ihres Wertes für die Aufzucht vom Spiel ausnehmen will.

Spiel ansieht. Wenn beim Spieler sich seine Spieltätigkeit in der Hauptsache auf das Beobachten der Wechselfälle des Glücks richtet (Glücksspiel), wird das Spielen um Geld ein Mittel sein, die Sinne anzuregen, die bloßen Entscheidungen der Würfel oder der Karten reizen ihn nicht mehr, durch Wagen, durch Riskieren will er seine abgestumpften Sinne anreizen, der Umstand, daß er etwas aufs Spiel setzt, daß er den Zufall darüber entscheiden läßt, ob ein Vermögensstück ihm noch weiter zugehören soll oder nicht, das reizt ihn und wenn sich sein Geist an die Gefahr geringer Sätze gewöhnt hat, verdoppelt und vervielfacht er seine Sätze, bis die erschlafften Sinne wieder durch den Kitzel der Gefahr erregt werden. Dem Spieler, der gewohnt ist, aus dem Vollen zu schöpfen, reizt es nicht, mit den Summen der kleinen Leute zu spielen, er muß Summen in Gefahr sehen, die ihn interessieren, es liegt ein nervenerregender Reiz darin, in das alltägliche gewohnte Einerlei durch Wagnis Bewegung zu bringen. In dem Wagen liegt der Reiz zum Spiel, in dem leichtherzigen aufs Spiel setzen dessen, nach dessen Erwerb die meisten Menschen im knechtischen Erwerbssinn streben, deucht dem Spieler seine Überlegenheit zu liegen[1], darum sind dem wahren Spieler seine Spielschulden Ehrenschulden, darum kann ein gewisser Sinn sagen, das Spiel bereitet erst dann Vergnügen, wenn man mit fremdem Gelde spielt, so daß die rollenden Würfel die Entscheidung bringen, ob man morgen ein Lump ist oder nicht. Der errungene Gewinn ist dem Spieler Nebensache, ein wahrer Spieler ist nicht geizig, ein Verschwender auch im sonstigen Leben, freigebig gegen sich selbst, freigebig gegen seine Geliebte, freigebig gegen seine Freunde. Möglich, daß hierbei die Erwägung mitspielt, gib ihnen den Mammon, bei dir selber rollt er doch bald wieder

[1] Vergl. die bei Wilda, „Das Spiel", S. 214, zitierte Stelle aus Wirth, System der spekulativen Ethik.

fort, möglich, daß der Freigebigkeit der Aberglaube zu grunde liegt, damit das Glück an sich zu ketten, sicher ist, daß ein wahrer Spieler, so lange ihn die Leidenschaft gepackt hält, an die Sammlung von Schätzen nicht denkt. Aber andere, die mit ihm spielen, die wollen Schätze aufspeichern, die sehen nur Vermögen sich verschieben, den einen reich werden, den andern gleichgültig sich des Geldes entäußern. Die Summen, die hier beim Spiel nicht von Händen solcher Art gehütet werden, daß sie sich nur gegen harte Arbeit auftun, die Summen möchten sie mühelos ihren Taschen zuführen. Ihnen ist die Tätigkeit des Spielers die Tätigkeit zum Erwerb, sie spielen nicht, sie arbeiten. Arbeiten aber auf ihre Art, ihnen ist es Arbeit, dem Recht ist es Spiel. Die Allgemeinheit ist in ihrem Urteil nicht abhängig von dem, wie der einzelne seine Tätigkeit einschätzt, sie hat ihr eigenes Urteil über den Wert einer Tätigkeit. Und der unter der Maske des Spielers zu erwerben sucht, wird diesem Urteil bald beistimmen, bald sich ihm entgegensetzen. Beistimmen, wenn sein Gegner ihn in Anspruch nimmt; dann wendet er ein, ja, er hat gewonnen, aber es war nur Spiel, kein ernsthaftes Geschäft. Und widersprechen wird er diesem Urteil, wenn er selber seinen Gewinn beitreiben will; dann war es ein reelles Geschäft.

3. Kennzeichen vom Spiel.

§ 7.

Oft werden sich keine Schwierigkeiten erheben, zu beurteilen, ob Spiel vorliegt oder eine Arbeit, die ihren Lohn heischt, vor allem nicht bei den Geschicklichkeitsspielen, deren Ausgang die Spieltätigkeit offensichtlich bewirkt und bei denen das Glück keine größere Rolle spielt wie bei jedem anderen menschlichen Tun und Lassen. Von einem Wagnis ist hierbei sogar zuweilen garnicht die Rede; die Preise werden bei einzelnen Arten dieser Spiele vielfach von dritter, unbeteiligter Seite gestiftet, ohne

daß eine klagbare Auslobung oder eine Schenkung anzunehmen ist. Auch bei den Spielen, bei denen das Wort jeu den Rahmen zeichnet, wenn man im täglichen Verkehr eine bestimmte Art von ihnen zusammenfassen will, wird es nicht schwer fallen, sie als Spiele zu erkennen, aber da das Strafgesetzbuch den, der aus dem Glückspiel ein Gewerbe macht, mit schwerer Strafe bedroht, während es dem Billardspieler z. B., der täglich aus dem Caféhaus als geschickter Spieler Geld noch mit nach Hause bringt, freie Hand läßt, so ist bei der Rückwirkung dieser Vorschriften auf das Bürgerliche Gesetzbuch, die weiter unten noch näher zu erläutern ist, erforderlich, den Begriff der Glücksspiele als eine besondere Art der Spiele festzulegen. Anders liegt die Sache da, wo das Wort „Börse“ das Schlagwort ist, unter dem die Energie des Gesetzgebers und der Scharfsinn der Richter aufgerufen werden, um gewisse Vorgänge als Spiel zu brandmarken. Auch hier ist es häufig beiden Parteien klar, daß Spiel vorlag, und nur die Hoffnung, durch kluge Abreden den Spielgewinn verschleiert zu haben, treibt den Kläger zum Gericht. Oft aber wird auch die eine geglaubt haben, es mit einem ernsthaften Geschäftsmann zu tun gehabt zu haben, und sieht sich dann erst, wenn dem Gegner Verluste drohen, dem Spieleinwand ausgesetzt.

Beim Glücksspiel wie beim Börsenspiel kleiden sich die Beziehungen der Spieler zu einander in die Form eines Vertrages, nach dem die eine Partei einen Verlust tragen soll, der der anderen zu gute kommt. Wer Verlustträger ist und wer Gewinner, soll ein von den Parteien bezeichnetes Ereignis entscheiden. Bei der Begriffsbestimmung des Spiels hat die Rechtswissenschaft von jeher ihre Aufmerksamkeit auf die bedingte Form des Vertrages gelenkt, und wie Sintenis[1] ausführte, unterscheidet sich der Spielvertrag von den Verträgen, die unter

[1] Sintenis, „Civilrecht“ § 97.

einer zufälligen Bedingung geschlossen sind, dadurch, daß deren Zustandekommen von letzteren abhängt, während der Glücksvertrag, soweit er gültig ist, an sich vollkommen besteht und lediglich die Frage, wer aus dem fertigen Vertrag Gläubiger und wer Schuldner werde, durch den Ausfall eines ungewissen Ereignisses entschieden werden soll. In einer Polemik gegen Mühlenbruch, der im § 423 seines Pandektenlehrbuches auch die nicht potestativ bedingten Verträge zu den Glücksverträgen im weiteren Sinne rechnet, führt er dann aus [1], daß die letzteren nicht mit Verträgen, die unter einer zufälligen Bedingung abgeschlossen sind, verwechselt werden dürften, denn wenn danach ein Vertrag garnicht, oder unter seinen fest beabredeten Bestimmungen zustande kommt, so läßt sich nicht sagen, daß er auf Gewinn und Verlust eingegangen sei, wenn der Ausfall auch noch so vorteilhaft für den einen Kontrahenten ist; das Eigentümliche sei vielmehr hier die Unentschiedenheit der Existenz des Vertrages, welche auch für Glücksverträge im weiteren Sinn niemals vorwalte. Gegen Sintenis ist hier anzuführen, daß die Ansicht, das Zustandekommen der unter einer zufälligen Bedingung abgeschlossenen Verträge hänge von dem Eintritt der Bedingung ab, doch erheblichen Zweifeln in der Wissenschaft begegnet, und eher der Ansicht beizutreten ist, daß die Ungewißheit, die eine Bedingung schafft, sich nur auf den Eintritt oder die Endigung der Rechtswirkung beziehen darf, nicht darauf, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Bindung zustande kommt [2].

Mehr Anklang wie die von Sintenis vertretene Ansicht hat die Meinung gefunden, die Windscheid in seinem Pandektenlehrbuch vertritt. Windscheid [3] findet am Spielvertrag das bemerkenswert, daß in ihm jede Partei der

[1] Sintenis, l. c. Anm. 67.

[2] Vergl. hierüber Endemann, „Bürgerliches Gesetzbuch", Bd. I, S. 326.

[3] Windscheid, „Pandekten" § 419, S. 523.

anderen etwas unter einer solchen Bedingung verspricht, welche das Gegenteil ist von der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei etwas versprechen läßt, so daß im Ergebnis nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere nichts erhält, also verliert. Diese bei der Autorität Windscheid's viel zitierte Ansicht hebt zutreffend einen Punkt des Spielvertrages hervor, der wohl bei jedem Glücksspiel und bei vielen — aber nicht bei allen — Geschicklichkeitsspielen anzutreffen sein wird. Im höchsten Grade zweifelhaft aber ist die praktische Brauchbarkeit dieses Punktes dafür, aus ihm heraus Spiel und Arbeit zu sondern. Dies Moment der entgegengesetzten Bedingungen kann doch auch sehr wohl im reellen Geschäftsverkehr vorkommen, ebenso wie bei einem unzweifelhaften Spielvertrag entgegengesetzte Bedingungen nicht immer vorhanden sein werden, sondern Gewinn oder Verlust von dem Ausfall einer einzigen Bedingung abhängig gemacht werden. Im Roulettespiel in Monte Carlo legt der Spieler sein Geldstück auf Rot und kontrahiert damit mit der Bank: wenn die Roulette rot zeigt, so zahlt ihm die Bank das Doppelte des Einsatzes; tritt die Bedingung nicht ein, so erhält sie den Einsatz. Hier zwei Versprechen unter entgegengesetzten Bedingungen zu konstruieren, ist nicht erforderlich.

Auch mehr juristisch interessant, wie praktisch als Kennzeichen brauchbar, ist der Umstand, daß vielfach nur die Form einer Bedingung bei dem Spielvertrag gegeben ist, daß dagegen die Natur des Spiels nicht erfordert, daß auch das Wesen der echten Bedingung gewahrt werde. Die Spielbedingung kann in praesens und in praeteritum gestellt werden, was vielfach [1] mit dem Wesen einer echten Bedingung für unvereinbar gehalten wird, ohne daß dem Spiel sein Charakter als solches genommen wird und ohne

[1] Vergl. Dernburg, „Pandekten“ Bd. I, S. 255; Crome, „Bürgerliches Gesetzbuch“ S. 830.

daß der Vertrag etwa als Wettvertrag[1] oder Vertrag sonstiger Art anzusehen ist.

Der im vorhergehenden angedeutete Weg zur Charakterisierung des Spiels aus der Form des Vertrages kann, wie wir gesehen haben, nicht zum Ziele führen. Die Charakterisierung muß vielmehr außerhalb der Formen aus dem Wesen selbst genommen[2] werden, und hierbei muß so verfahren werden, daß man zunächst prüft, ob die Entscheidung des Vertrages absichtlich auf das Glück gestellt ist, auf das Glück, das bald den Menschen begünstigt, bald ihn flieht. Dies tut der Spieler. Aber nicht er allein. Bei vielen Verträgen steht der blinde Zufall im Mittelpunkt des Ganzen, ohne daß man deswegen sie alle zu Spielen stempeln könnte. Beim Seedarlehn, beim Versicherungsvertrag, beim Leibrentenvertrag und anderen rechnen die Vertragsschließenden mit dem Zufall, und dieser macht so ihr Wesen aus, daß man sie im früheren Recht vielfach als aleatorische Geschäfte unter einen gemeinsamen Begriff brachte, eine Zusammenfassung, die das Bürgerliche Gesetzbuch vermieden hat, da in seinem Rahmen eine zutreffende gesetzliche Definition nicht gefunden werden konnte[3]. Aber anders als der Spieler rechnen bei diesen Verträgen die Vertragsgegner mit dem Zufall als einen Faktor, den man aus dem wirtschaftlichen Leben nicht ausschließen kann, obgleich man es wohl möchte, und gerade diesem Wunsch verdanken sie ihre Entstehung. Die eine Partei will gegen ein gewisses, aber zu ertragendes Opfer die Schwere eines unübersehbaren Zufalls von sich abwenden, die andere gegen einen geringen Vorteil die Folgen eines möglicherweise eintretenden Ungeschicks auf sich laden, und fühlt sich hierzu geeignet, weil ihre Schultern die stärkeren sind und fähig, dem

---

[1] Vergl. v. d. Pfordten, „Abhandlungen“ § 327.

[2] Vergl. Matthiass, „Bürgerliches Gesetzbuch“ § 130, S. 637 f

[3] Motive zum B.G.B. Band II, S. 643.

Zufall zu trotzen. Stärker teils von vornherein infolge einer günstigeren wirtschaftlichen Lage, teils infolge einer besonderen Organisation, durch die sie schließlich nur als Ausgleichsmittel dient, die Schläge des Schicksals auf viele andere derart zu verteilen, daß sie keinen einzelnen in seiner wirtschaftlichen Existenz vernichten. Im Gegensatz zu diesem Vertragschließenden lockt den Spieler am Glück gerade die Unbeständigkeit. Das Schicksal aufzusuchen, den Zufall herauszufordern und mit dem Glück zu kämpfen, ohne daß ihn seine wirtschaftliche Lage darauf verweist, das ist das Zeichen des Spielers[1].

Gewiß wird es nicht allemal leicht sein, dies Zeichen nachzuweisen, aber gerade beim Börsenspiel wird es häufig das einzige sein, mittels dessen der Richter das Spiel vom reellen Geschäft sondern kann. Er wird zu diesem Zweck nicht selten die gesamten Verhältnisse der Parteien einer Durchsicht unterziehen müssen, alte geschäftliche Beziehungen, die besonderen Interessen an der Preisgestaltung, die Vermögenslage, das Gewerbe, das wirtschaftlich notwendig eine gewisse Spekulation mit sich bringt, sowie alle sonstigen Umstände, die den Vertrag möglicherweise rechtfertigen könnten. Es ist dies eine schwere Aufgabe und daher mit Freuden die Lösung zu begrüßen, daß allen, deren wirtschaftliche Tätigkeit sie auf Spekulation hinweisen kann, durch Eintragung in ein Register[2] die Möglichkeit gegeben ist, die notwendige Spekulation durch dies sichere Dokument der Spielauffassung zu entziehen und sie klagbar zu machen.

In gleicher Weise, wie das unnötige Herausfordern des Glücks überhaupt als Kennzeichen des Spiels unter gewissen Bedingungen verwandt werden kann, gibt die Herausforderung des Glücks auch die Sonderung des Glücks-

[1] Vergl. Stobbe-Lehmann, „Deutsches Privatrecht“ S. 420.

[2] Vergl. Börsengesetz vom 22. Juni 1896 und die Bekanntmachung, betr. die Führung der Börsenregister vom 9. Okt. 1896 im Centr.-Blatt 1896, S. 492.

spiels vom Geschicklichkeitsspiel. Bei ausgesprochenen Geschicklichkeitsspielen oder Kunstspielen wie Billard und Schach spielt das Glück keine besondere Rolle. Sie sind, wie schon gesagt, Spiele wegen der nicht in die Wertskala des wirtschaftlichen Lebens eingereihten Tätigkeit des Teilnehmers, und das Streben der Liebhaber dieser Spiele geht dahin, lediglich durch ihre Kunst zu gewinnen. Sie rechnen mit dem Glück nicht anders, wie mit jedem anderen ihr Tun beeinflussenden Umstand. Schon mehr von Bedeutung ist das Glück beim Kartenspiel. Aber auch hier gehen teilweise die Spielregeln darauf hinaus, dem Glück eine bescheidenere Rolle anzuweisen und der Übung und dem planmäßigen Handeln einen so großen Einfluß einzuräumen, daß ein guter Spieler mit schlechten Karten über einen schlechten Spieler mit guten Karten siegen kann. Unzweifelhaft Glücksspiele sind dagegen Würfelspiel, Roulettespiel und andere derartige Spiele, auf deren Ausgang der Wille des Spielers unmöglich Einfluß ausüben kann. Die Grenze zwischen reinem Geschicklichkeitsspiel und reinem Glücksspiel kann nicht dadurch festgelegt werden, daß einzelne Spielarten für Geschicklichkeitsspiele, andere für Glücksspiele erklärt werden, selbst wenn einzelne Spiele so feste Regeln besäßen, daß ohne ihre Befolgung das Spiel zu einem anderen würde. Man wird vielmehr sagen können, daß selbst Spiele, die ihrer Natur nach lediglich Geschicklichkeitsspiele sind, so betrieben werden können, daß sie in concreto als Zufallsspiele in Betracht kommen, so das Ringwurfspiel[1], auch das Billardspiel und von Kartenspielen z. B. das Skatspiel, das gewöhnlich kein Glücksspiel sein wird, aber durch hohe Sätze, durch Einführen einer „Pinke“ oder sonstiger Schikanen seinen harmlosen Charakter sehr gut verlieren kann. Die Grenze zwischen Glücksspiel und

[1] Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen vom 19. März 1894, Entscheidungen Bd. 28, S. 401.

einem anderen Spiel wird im einzelnen Fall durch alle möglichen Umstände geändert werden können, wie unter anderem die Praxis des Reichsgerichts in Strafsachen bei Handhabung des § 284 ff des Strafgesetzbuches beweist, aber man wird als Regel für die Unterscheidung aufstellen können, daß Glücksspiel vorliegt, wenn sein Ausgang allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt. Dies „hauptsächlich" richtig zu handhaben, muß man dem Richter überlassen.

B. Die Wette.

1. Die Natur der Wette.

§ 8.

Die bisherige Literatur über die Wette hat eine vorzügliche Zusammenstellung bei Stenglein „Glücksspiel und Wette"[1] gefunden. Er gibt nach Aufzählung der verschiedenen Ansichten das Ergebnis der von ihm bearbeiteten Literatur in folgenden Sätzen[2]: 1. Spiel und Wette ist zu unterscheiden. 2. die Wette ist zu definieren als ein Vertrag, bei welchem zwei Parteien sich gegenseitig einen Gewinn oder Verlust versprechen, je nachdem eine zwischen beiden Teilen streitige Behauptung sich für den einen Teil als richtig herausgestellt hat. 3. Für das Spiel liegt eine erschöpfende Definition nicht in gleicher Weise vor. Das was als charakteristisches Merkmal aufgeführt wird, ist vielfach bestritten, oder es wird eine Definition nicht versucht. 4. Verträge, die der Form nach Wetten sind, aber doch nicht genau unter die Definition passen, weil z. B. die Behauptung als vom Zufall abhängig keine wahre Behauptung sei oder weil nur ein einseitiges Gewinnversprechen für den Fall gegeben ist, wenn eine gewisse Tatsache vorliege u. s. w., werden teils unter das Spiel subsummiert, teils werden dafür, wie von Thöl,

[1] In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 3, S. 111.

[2] Stenglein l. c. S. 126.

Übergangsformen oder andere hier nicht berührende Verträge angenommen. 5. Fast allseitig wird anerkannt, daß sich Spiel und Wette nahe berühren, daß sie leicht in einander übergehen; insbesondere wird die Wette aus Gewinnsucht, nicht als Bekräftigung des Rechthabens bei einer streitigen Behauptung, häufig als zum Spiel gehörig betrachtet. Stenglein polemisiert dann gegen die Gruppe, die aus der Tätigkeit des Spielenden den Unterschied zwischen Spiel und Wette herleitet, und bestreitet ferner den Wert des bei vielen Autoren allerdings mehr angedeuteten wie ausgesprochenen Merkmals, daß bei Wetten die Entscheidung bereits feststehe, also eine in der Vergangenheit liegende Tatsache sei, beim Spiel aber die Entscheidung von einer gegenwärtigen oder zukünftigen Tatsache abhänge. Auch das lehnt er weiter ab, ein unterscheidendes Merkmal in der Gewinnsucht als Motiv des Spielenden oder in der Unterhaltung der Spieler oder im Rechthabenwollen der Wettenden zu finden und kommt unter Anknüpfung an Rechtslehrer wie Puchta, Beseler und Stobbe zu dem Resultat, daß der Versuch aussichtslos sei, Spiel und Wette als etwas begrifflich Verschiedenes darzustellen, da die Wissenschaft keine Merkmale gefunden habe, die gestatteten, diese Verträge über Gewinn und Verlust in ein gewisses System zu bringen und da trotz aller sorgfältigen Untersuchungen nur unsichere, zur juridischen Unterscheidung nicht geeignete, bald zutreffende, bald nicht zutreffende Merkmale gefunden seien. Zu beachten ist bei diesen Ausführungen Stenglein's, daß es sich bei ihm um ein strafrechtliches Thema handelt und daß es seiner Aufgabe genügt, „zwischen einem auf Berechnung, Urteil oder Geschicklichkeit (Leistungsfähigkeit) beruhenden Spiel oder Wetten und einem vom Zufall wenigstens hauptsächlich abhängigen Spielen oder Wetten“ einen begrifflichen Unterschied zu finden.

Wenn wir wie zur Erkennung des Wesens des Spiels bei der gleichen Aufgabe über die Wette von der einfachen

Festlegung der Tatsache ausgehen, wann im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens das Wort Wette gebraucht wird, so wird bei allen Gelegenheiten der Umstand wiederkehren, daß ein Streit entstanden ist; wir reden vom Wettrennen, Wettsegeln, Wettfahren, wenn wir Kämpfer in bestimmten Regeln um den Vorrang ringen sehen — es ist aus dem freien Spiel ein Wettspiel geworden, das Spiel ist nicht mehr das primäre, sondern die Rivalität beherrscht das Tun — und wir gebrauchen das Wort „Wette“ — ohne Zusammensetzung mit einem anderen Wort — dann, wenn zwei oder mehrere Parteien übereinkommen, einen entstandenen Meinungsstreit in einer frei gewählten Form zur Entscheidung zu bringen. Wer Recht hat, soll entschieden werden und wer Unrecht hat, soll dann dies anerkennen. Dabei darf dieser Streit nicht nur zum Anlaß genommen sein, um an eine zu erwartende Entscheidung materiellen Gewinn oder Verlust zu knüpfen, wobei dann das Interesse an Gewinn oder Verlust die Hauptsache wird, nicht der Streit mehr im Mittelpunkt des Interesses steht, sondern es muß der Wettvertrag das natürliche Ergebnis des voraufgegangenen Meinungsstreites sein, es muß also gewettet werden, weil gestritten war und nicht bloß gestritten werden um zu wetten[1]. Bei einem ernsthaften Streit glaubt jeder im Recht zu sein, jeder behauptet es und versucht seinem Gegner zu beweisen, daß er im Unrecht sei. Der eifrige Verfechter einer Meinung ist so von ihrer Richtigkeit überzeugt, daß er garnicht glauben will, sein Gegner könne eine entgegengesetzte Ansicht ernsthaft vertreten, er widerspräche nur, um ihn zu ärgern. Drum schlägt er vor, wenn Du das wirklich für richtig hälst, dann wette doch. Beide Parteien denken bei einem ernsten Streite, daß sie nichts verlieren können, wenn sie etwas setzen; sie glauben kein Wagnis einzugehen und riskieren — jeder seiner Meinung nach

[1] Vergl. Vangerow, „Pandekten“ Bd. 3, S. 523.

— nichts. Dies beides, daß subjektiv kein Risiko übernommen wird, wo die Entscheidung Vermögensverschiebungen herbeiführen soll, und daß für die Beteiligten die Ursache zu einem objektiven Wagen im vorausgegangenen Streite liegt, gibt der Wette ihren Charakter. Die Ehre des Sieges ist der ideale Preis, an den der Wettende denkt, der reale Preis ist nur Siegestrophäe, sein Besitz das äußere Zeichen, das den Gegner zum Schweigen bringen muß, oder nur ein Denkzettel, der ihm die Lust zu ungerechtem Streiten vertreiben soll. Die Siegestrophäe zeigt sich zuweilen nur auf dem gesellschaftlichen Gebiete und dann bleibt die Wette vom Recht unbeachtet, zumeist aber geht sie um Vermögenswerte und stellt dann das Recht vor die Entscheidung, ob es Vermögensverschiebungen auf Grund einer Wette anerkennen soll oder nicht.

2. Verhältnis der Wette zum Spiel.

§ 9.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich entschieden, die Wette dem Spiel gleich zu behandeln. Es hat damit für sein Gebiet vermieden, dem Richter die undankbare Aufgabe zu stellen, im konkreten Fall zu entscheiden, ob Spiel oder Wette vorliegt. Beiden ist gemeinsam, es ist ein Vertrag geschlossen, kraft dessen die Parteien von dem Ausfall einer Entscheidung eine Vermögensverschiebung abhängig machen, ohne daß zwischen beiden eine wirtschaftliche Beziehung bestände. An der Wette ist charakteristisch, daß das Leitmotiv der Wunsch, Recht zu haben ist, ein interner Seelenvorgang, in den kein Fremder hineinzusehen vermag, der dem Wettenden zuweilen selbst nicht klar ist, so daß jedes Bemühen, einen objektiv sicheren Maßstab für das Vorhandensein einer wirklichen Wettabsicht zu finden, scheitern muß. Und wie beim Spiel der eine ein wahrer Spieler sein kann, sein Gegner aber lediglich von der Gewinnsucht getrieben sein mag,

so kann der eine eine ernsthafte Wette vorhaben, der andere den ihm im Innern gleichgültigen Streit zum Anlaß des Wagens oder Gewinnens benutzen. Die Theorie Thöl's[1], Spiel und Wette zu scheiden, führt zu seltsamen Resultaten. Nach Thöl's Theorie ist zum Begriff des Spiels eine Spieltätigkeit wesentlich und nach ihr ist der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der eine oder der andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ein Spiel. Hätten die Kontrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Kontrahenten, auch nicht im mindesten auf die Entscheidung des Vertrags eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen. Daß eine Theorie mit diesem Resultat in der Wissenschaft und Praxis Anklang[2] finden könnte, ist nur aus der Zwangslage zu erklären, in der sie sich, wie erwähnt, befand. Eine Aussicht mit Erfolg, die Wette vom Spiel zu sondern, wird sich nur dann bieten, wenn in der zu beurteilenden Sachlage der Zufall herrscht. Ein reines Glücksspiel kann nie zur Wette werden. Darüber kann kein ernsthafter Meinungsstreit entstehen, ob die Kugel der Roulette beim nächsten Mal auf „schwarz" oder „rot" stehen wird. In solchem Fall wird der Name „Wette" lediglich zur Verschleierung der Spiellust benutzt. All die Wahrscheinlichkeitsberechnungen der eingefleischten Roulettespieler, die davon ausgehen, daß ebenso oft „rot" wie „schwarz" fallen muß, und wenn sechsmal hintereinander „schwarz" gewonnen hat, auf „rot" wetten, machen das Spiel nicht zur Wette. Welchen Charakter die vielumstrittenen Rennwetten haben, ist so allgemeinhin schwer zu sagen. Manch ein eifriger Freund des Sports wird seine Meinung über die Güte eines Renners durch einen hohen Satz nicht nur einem indivi-

[1] Thöl, „Der Verkehr mit Staatspapieren" S. 235—272.

[2] Vergl. hierüber Windscheid, „Pandekten" Bd. 2, S. 525.

duellen Gegner gegenüber, sondern auch der großen Menge zum Trotz im Totalisator oder beim Buchmacher zum Ausdruck bringen wollen, ob aber sein Gegner auch wettet oder nur spielt, das weiß er nicht. In weitaus meisten Fällen wird die Spiellust die Wettlust in den Hintergrund drängen und der Richter wird vor allem da, wo jemand fortgesetzt Rennplätze besucht, um zu „wetten", je nachdem sich eine günstige Gelegenheit bietet, und sich aus dieser Tätigkeit absichtlich Geld zu verdienen, wo also aus den Rennwetten ein Gewerbe gemacht wird, Glücksspiel und nicht „Wette" in dem oben entwickelten Sinne annehmen müssen[1].

3. Einseitige Wetten[2].

§ 10.

Wie wir gesehen haben, geht die Wette aus dem Bestreben hervor, bei einem Streite vom Widersacher als Sieger anerkannt zu werden. Das Setzen eines Preises, der einen Vermögenswert repräsentiert, trifft nicht das Wesen der Wette, sondern bedingt nur das Interesse des Rechts an dem Wettvorgang, und ebenso sehr, wie in dem Fall, daß beide Parteien etwas setzen, geht die Wette das Recht dann etwas an, wenn nur eine Partei etwas setzt. Die andere Partei kann nichts oder nichts entsprechendes zu setzen haben, ihrem Gegner kann es aber genügen, daß die andere den Preis, der gesetzt ist, nun nicht erhält. Es kann diese Art Wette einem Leistungsversprechen nahe kommen, das die Leistungspflicht an den Eintritt eines ungewissen Umstandes knüpft und vollgiltig ist, aber jede sogenannte einseitige Wette von vorneherein ihres Wettcharakters zu entkleiden und klagbar zu machen,

[1] Vergl. hierüber Hirschfeld, „Wettrennen und Rennwetten".

[2] Vergl. Dernburg, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 211, Anm. 7; Schuster, l. c. S. 216; Stobbe-Lehmann, l. c. S. 428; Ihering, Jahrb. f. Dogmatik IV, S. 100; Wilda, „Die Wette" S. 211; Windscheid, Bd. 2, S. 529; Bruck, „Spiel und Wette" S. 62.

verträgt sich nicht mit den Absichten des Gesetzgebers, aus Verträgen, die Spiel- und Wettlust schaffen, keine Verbindlichkeiten hervorgehen zu lassen. Der Wetteinwand wird auch bei sogenannten einseitigen Wetten geprüft und zutreffenden Falls berücksichtigt werden müssen. Bei einer bedingten Schenkung geht der bedingt Schenkende von der Voraussetzung aus, daß die Bedingung eintreten werde. Sein Schenkungswille ist nicht bedingt. Bei der Wette ist im Gegensatz dazu ein Wille, den andern durch unentgeltliche Zuwendung aus seinem Vermögen zu bereichern, garnicht vorhanden. Eine einseitige Wette hat mit einer bedingten Schenkung nichts gemein; auch wenn die Formen des § 518 Bürgerlichen Gesetzbuches beobachtet sind, behält ein Wetteinwand seine Kraft und eine Rückforderung, der ein Geschenk unterliegt, greift bei der Leistung auf Grund einer Wette nicht Platz. Zu der Vertragsstrafe, wie sie im Bürgerlichen Gesetzbuch § 339 ff geregelt ist, hat weder die zweiseitige, noch die einseitige Wette irgend welche Beziehungen. Diese Vertragsstrafe hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch stets einen akzessorischen Charakter, sie setzt stets eine gültige Hauptverbindlichkeit[1] voraus und an einer solchen mangelt es bei einem Wettvertrage. Zu beachten ist endlich der Unterschied der Wette von der Auslobung. Zur Auslobung (§ 657 Bürgerlichen Gesetzbuches) gehört, daß jemand durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges aussetzt. Der Auslobende befindet sich in keinem Gegensatz zu dem, der sich die Belohnung verdient. Er will, daß die Handlung vorgenommen werde, daß das Tun eines anderen Erfolg habe. Wer eine Belohnung aussetzt für den, der ihm

[1] Auch der Abs. 2 des § 343 des B.G.B., der eine Umgehung des Abs. 1 verhindern soll, trifft die Wette nicht. Vergl. aber G. v. Buchka „Vergleichende Darstellung des gem. Rechts und des B.G.B." § 20.

seinen entlaufenen Hund wiederbringt, weiß sich eins mit dem, der nun auf die Suche geht. Anders liegt die Sache, wenn die Bekanntmachung erlassen ist, um das Gegenteil von dem zu erreichen, wofür die Belohnung ausgesetzt wird. Wenn man die Fälle ausscheidet, in denen eine solche Aufforderung schon wegen Mangel der Willensernstlichkeit unverbindlich ist, so bleiben die Fälle übrig, in denen der Auslobende sich im Gegensatz weiß zu einem größeren Personenkreis und um jemand aus dessen Mitte zu veranlassen, durch einen seiner Meinung nach an der Unmöglichkeit unfehlbar scheiternden Versuch die von diesem Kreis vertretene Sache einer Niederlage auszusetzen die Form der Auslobung wählt. Ob hier eine vollgültige Auslobung vorliegt oder eine verkleidete Wette wird nicht immer mit genügender Sicherheit feststehen. Man denke an den Fall, daß ein Theologe eine Belohnung aussetzt für den, der nachweist, daß ein geschmackloser, häufig zitierter Vers eines Bußliedes tatsächlich in einem evangelischen Gesangbuche enthalten sei. Gegen die Annahme einer Wette spricht der Umstand, daß der Auslobende sich an die Öffentlichkeit gewandt hat. Vielleicht hat er vorher einen Streit mit jemand über diese Frage gehabt. Hätte er dieser bestimmten Persönlichkeit unmittelbar angeboten, er wolle ihr hundert Mark zahlen, falls sie ihm ein solches Gesangbuch zeige, so läge eine klaglose Wette vor. Damit aber, daß er die Form der Auslobung wählt, gibt er kund, daß er nicht einen persönlichen Streit mit einer bestimmten Person zu Ende bringen will, sondern der Allgemeinheit Klarheit schaffen möchte. Man kann eine von der Allgemeinheit nicht geteilte Meinung haben, aber keinen Streit mit ihr. Streiten kann man nur mit Individuen. Wenn die Aufforderung an die Öffentlichkeit ernst gemeint gewesen ist[1], so liegt keine Wette vor und es

[1] Vergl. hierüber die bei Windscheid, „Pandekten“ Bd. 2, § 308, Anm. 9 zitierten Meinungen.

steht auch dem nichts im Wege, daß der, durch dessen Streiten die Aufforderung veranlaßt ist, die Belohnung in Anspruch nimmt. Möglich ist dagegen, daß die Anrufung der Öffentlichkeit nur Formsache ist, um einen Wettvertrag klagbar zu machen. Dann entsteht unter den streitenden Parteien dadurch ebensowenig ein klagbares Verhältnis, wie etwa durch Beobachtung der für die Schenkung vorgeschriebenen Formen.

II. Rechtliche Behandlung von Spiel und Wette.

1. Stellung im System.

§ 11.

„Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet“ lautet der erste Satz des § 762 B. G. B., der dann sofort durch den folgenden dahin ergänzt wird, daß das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Spiel- und Wettverträge sind somit weder nichtig[1], noch anfechtbar, aber auch nicht vollgültig; sie sind von besonders geregelter Wirkung. Der Zustand, den diese Vorschriften schaffen, erinnert an die Naturalobligationen des gemeinen Rechts. Diese gewährten dem Gläubiger nicht die Befugnis zur Klage, waren aber erfüllbar, konnten zur Aufrechnung benutzt werden und konnten eine hinreichende Grundlage abgeben für ein Pfandrecht, eine Bürgschaft, eine Novation und ein Erfüllungsversprechen[2]. Diesen Begriff der Naturalobligation kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es regelt[3] die unvollkommenen Obligationen von Fall zu Fall: Der verjährte Anspruch unterliegt besonderen Vorschriften (§§ 222, 390

[1] Vergl. § 138, Abs. 1, B. G. B.: ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

[2] Vergl. Windscheid, „Pandekten“ § 288.

[3] Im Gegensatz zu fast allen Darstellungen des gemeinen Rechts.

B.G.B.), desgleichen der formlose Vertrag zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück (§ 313, B.G.B.), das formlose Schenkungsversprechen (§§ 518, 780 B.G.B.), der formlose Bürgschaftsvertrag (§ 766 B.G.B) und so weiter. Die Gründe, die dazu geführt haben, Spiel- und Wettverträge nicht wie vollgültige Verträge zu behandeln, haben bei den Beratungen der Kommission für den Entwurf zweiter Lesung[1] dahin ihren Ausdruck gefunden, daß Spiel und Wette vor allem sobald um bar gespielt werde, unberechenbare Gefahren auf sittlichem wie auf wirtschaftlichem Gebiete mit sich brächten und daß deswegen der Gesetzgeber unmöglich diesen Zustand noch dadurch verschlimmern dürfte, daß er die Verbindlichkeiten aus beiden dem Gewinner durch Verleihung rechtlicher Zwangsmittel durchsetzen hülfe. Außerdem gehörten beide Verträge durchaus dem Gebiet der Sitte und des geselligen Verkehrs an, nicht dem des Rechts, und ihre Erfüllung müßte frei wie alle gesellschaftlichen Verpflichtungen in den Willen des Schuldners gestellt werden. Aus dieser Anschauung heraus steht das Bürgerliche Gesetzbuch dem Spiel nicht feindlich gegenüber wie das römische Recht; es will nur nichts mit dem Spiel zu tun haben, ebensowenig wie es gesellschaftliche Verpflichtungen regeln will und doch Leistungen anerkennt, die lediglich der Rücksicht auf den Anstand entsprechen (§ 814 B.G.B.). Nichts weist darauf hin, daß es Spiel und Wette für contra bonos mores hält. Der wirtschaftliche Wert oder Unwert einer Tätigkeit berührt die Moral nicht, und das Herausfordern des Zufalls, um ihn maßgebend auf Vermögenswerte einwirken zu lassen, gilt dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das selber zuweilen die Entscheidung des Loses anordnet[2], ebensowenig unmoralisch, wie dem Lehnsrecht, das Kavelung vorschreibt und dem übrigen Reichsrecht, das zwar Spielbanken unter-

[1] Vergl. Protokolle, Bd. 2, S. 795 ff.
[2] Vergl. §§ 659, 752, 2042 B.G.B.

drückt, das gewerbsmäßige Glücksspiel verfolgt und den Verkehr mit ausländischen Prämienpapieren vermehrt, aber den Bundesstaaten in ihren Lotteriegeschäften mit Klagbarmachung der hierauf bezüglichen Verträge fördernd zur Seite steht und aus den Abgaben für Spielkarten- oder Lotterielosestempel dem Reich Einnahmen zu machen bestrebt ist. Bei diesem rechtlichen Zustand kann man die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Spiel und Wette nicht dahin auffassen, daß sie einem an sich gleichgültigen Tatbestand erst rechtliche Bedeutung in beschränktem Maße verleihen, sondern die von den Parteien aus dem Gebiet des geselligen Verkehrs in die Sphäre des Rechts hinüber geleiteten Verträge wären ohne diese Vorschriften vollgültig. Die Verträge werden durch sie in ihrer Wirkung eingeschränkt. Sie unterliegen im übrigen den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gleich wie alle andern Verträge, soweit nicht die Tendenz, ihre Gefahren einzuschränken, ausdrücklich Ausnahmen anordnet und Berücksichtigung fordert.

2. Gleichbehandlung mit anderen Verträgen.

§ 12.

Ein Spiel- und Wettvertrag kann aus denselben Gründen nichtig sein, wie andere sonst vollgiltige Verträge. Der § 138 B. G. B. erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig. Das Gleiche gilt vom Spiel- und Wettvertrag. Auch sie können in ihrem Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen, insbesondere kann eine Ausbeutung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit jüngerer Personen oder harmloser ungeübter Spieler derartig betrieben werden, daß der § 138 B. G. B. mit Recht angerufen werden kann. Unsittliche Wetten sind nichts Seltenes. Die Unsittlichkeit kann in dem aufs Spiel setzen alles dessen liegen, das der Wettende zu seinem und seiner Familie Unterhalt bedarf. Wenn zum

Beispiel ein Müller sein ganzes Mühlenwesen dagegen setzt, daß ein anderer keinen Meisterschein besitze, so ist eine solche Wette von vornherein aus § 138 B. G. B. nichtig. Nichtig ist eine Wette auch da, wo sie zur Erreichung oder Förderung eines unsittlichen Erfolges dient, so wenn ihr Austrag gesetzwidrige und unsittliche Handlungen nötig macht, Hausfriedensbruch, Körperverletzung, unerlaubten geschlechtlichen Verkehr, unmäßiges Essen und Trinken und desgleichen.

Nach § 134 B. G. B. ist ein Rechtsgeschäft nichtig das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Nach der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches bedeutet dies „sofern", daß bei einem gesetzlichen Verbot die Vermutung für die Nichtigkeit spricht und daß aus dem Gesetz, seinem Zweck und seiner Kraft entnommen werden muß, daß eine zivilrechtliche Nichtigkeit der von ihm getroffenen Rechtshandlung nicht eintreten soll. Als gesetzliches Verbot kommt hier vor allem in Betracht der § 284 und der § 360. 14 des Reichsstrafgesetzbuches. Der § 284 l. c. wendet sich gegen den, der aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht, also nicht gegen das Glücksspiel als solches, sondern gegen eine fortgesetzte, absichtlich auf Erwerb aus dem Glücksspiel gerichtete Tätigkeit mit dem Willen, es nicht bei einer einmaligen Vornahme bewenden zu lassen, sondern fortgesetzt zum Spiele zu schreiten, je nachdem sich eine günstige Gelegenheit bietet[1]. Die Strafe, die er verhängt, besteht in Gefängnis bis zu zwei Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Außerdem gibt er der Landespolizeibehörde die Befugnis, den Verurteilten, falls er ein Ausländer ist, aus dem Bundesgebiet zu verweisen. Die

[1] Vergl. Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen. Rechtsprechung Bd. 1, S. 645, Entscheidungen Bd. 33, S. 237.

Gründe dieses Paragraphen sind, wie Liszt[1] ausführt, zunächst in volkswirtschaftlichen Erwägungen zu suchen, indem der Gesetzgeber über die Vermögensinteressen der Staatsbürger wacht, auch wenn diese selbst die nötige Vorsicht aus den Augen lassen, daneben sind auch sittenpolizeiliche und staatsfinanzielle Bedenken gegen das Glücksspiel in Betracht zu ziehen und dementsprechend ist das Merkmal der Vermögensgefährdung nicht in den gesetzlichen Tatbestand des Glücksspiels aufgenommen worden. Aus dem Grund und der Schwere der Strafe ist zu entnehmen, daß das Verbot auch die zivilrechtlichen Wirkungen des gewerbsmäßigen Glücksspiels treffen muß; der gewerbsmäßige Spieler, dem der Strafrichter wegen seines Tuns die bürgerlichen Ehrenrechte aberkennen kann, kann nicht vom Zivilrichter verlangen, daß dieser ihn gegen die Bestrebungen seines Opfers, das ihm Abgenommene zurück zu erlangen, in Schutz nimmt. Der Spielvertrag zwischen beiden ist nichtig. Wenn dagegen von dem Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes gegen § 285 l. c. verstoßen wird, indem er Glücksspiele in seinen Räumen gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, so hat dies keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Spielverträge[2]. Gleichfalls keinen Einfluß haben die Strafbestimmungen des § 360 sub 14 l. c., die das unbefugte Halten von Glücksspielen auf Straßen, öffentlichen Wegen, Plätzen oder Versammlungsorten als Übertretung mit Geldstrafe bis zu hundertfünfzig Mark oder Haft belegen und eine Einziehung der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder gestatten, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht. Die letzte Strafe trifft Bankhalter und Spieler in gleichem Maße, die erste den Bankhalter allein im Sinne einer polizeilichen Ordnungs-

[1] Liszt, „Strafrecht" § 144.

[2] Vergl. aber die Ausführungen in dem Urteil des O.L.G. Marienwerder vom 15. April 1902, Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. 5, S. 103 ff.

strafe dafür, daß die Erlaubnis nicht eingeholt ist, und will als solche auf das privatrechtliche Gebiet nicht hinübergreifen. Gleichen Charakter haben auch Vorschriften, die aus polizeilichen Rücksichten, z. B. auf den Tierschutz, Kunstspiele, wie das Taubenschießen, verbieten. Der Einfluß der Strafbestimmungen über Lotterie und Ausspielung im Strafgesetzbuch und in den Landesgesetzen ist weiter unten zu erörtern.

Nichtig sind Spiel- und Wettverträge auch zutreffenden Falls auf Grund der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit. Wer geschäftsunfähig ist, kann auch nicht in vom Recht beachteter Weise spielen und wetten. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Minderjährige, der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte kann spielen und wetten, aber leisten nur unter Wahrung der in den §§ 107 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches gegebenen Vorschriften. Auch die Nichtigkeit wegen Formmangels auf Grund des § 125, Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches kann in Anwendung kommen. Zur Gültigkeit eines Wettvertrages kann schriftliche Aufzeichnung, Zuziehung von Zeugen, auch notarielle Beurkundung bestimmt sein. Beim Spiel kann ausgemacht sein, daß nur bare Sätze gelten, daß Scheine, sogenannte Bons, nicht als Abschluß des Spielvertrages gelten sollen, daß Gold unter Silber gelegt, nicht beachtet werden soll, alles vereinbarte Formen, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat. Wenn ein Wirt mit seinem Gast um die Zeche wettet und dem Gast nach der Entscheidung den üblichen Schoppen Wein vorsetzt, kann sich dann nicht darauf berufen, daß er bei dem Wettverage nur so daher geredet habe, das Erklärte aber gar nicht gewollt habe. Solch geheimer Vorbehalt macht infolge der Bestimmungen des § 116 des Bürgerlichen Gesetzbuches die Wette nicht nichtig. Nichtig ist dagegen ein Wett- oder Spielvertrag im Falle des § 118 des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn eine nicht ernstlich

gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Auch § 117 des Bürgerlichen Gesetzbuches kann Anwendung finden, indem nur zum Schein gespielt oder gewettet wird, um z. B. eine Schenkung zu verschleiern[1]. Hier finden die Vorschriften für die Schenkung, so für die Rückforderung wegen Bedürftigkeit und Widerruf wegen Undenkbarkeit Anwendung.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Anfechtbarkeit greifen gleichfalls Platz. Wegen Drohung und Irrtum wird allerdings in der Praxis wohl selten eine Anfechtung erklärt werden. Nur bei der weiter unten zu erörternden Lotterie kann ein Irrtum häufiger in Betracht kommen, z. B. in dem Fall, daß jemand in dem Glauben, eine staatlich genehmigte Lotterie sei auch in dem für ihn in Betracht kommmenden Bundesstaat freigegeben und ein Spielen in ihr unterliege nicht den Strafbestimmungen über Spielen in fremden Lotterien, ein Los kauft, kann er wegen Irrtum seine Erklärung anfechten. Eine bedeutendere Rolle spielt der Anfechtungsgrund der Täuschung. Ist jemand einem Falschspieler in die Hände gefallen, der mit gezeichneten Karten, falschen Würfeln oder ähnlichen Hülfsmitteln arbeitet, so kann er den Spielvertrag auf Grund des § 123 Bürgerlichen Gesetzbuches anfechten. Schwierigkeiten ergeben sich hier beim sogenannten fortgesetzten Spiel[2] für die Bedeutung des Nachweises, ob alle einzelnen Spiele unredlich gespielt sind oder nur einzelne. Wenn aus der Art der Täuschung hervorgeht, daß der Falschspieler bei allen einzelnen Spielen sich die Möglichkeit gewahrt hat, falsch zu spielen, z. B. Karten gezeichnet hat, so ist die Anfechtung begründet,

[1] Vergl. die Vorschriften im Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch über die Wette, II T. 29 Hauptst. § 1270, letzter Satz: „Der verlierende Teil aber, dem der Ausgang (sc. der Wette) vorher bekannt war, ist als ein Geschenkgeber anzusehen".

[2] Motive Bd. 2, S. 645, 646.

ohne daß der Nachweis des ursachlichen Zusammenhangs zwischen der Unredlichkeit und dem Verlust bei dem einzelnen Spiel erforderlich wäre. Der Grund hierzu, auf diesen Nachweis zu verzichten, kann in dem Zusammenhang der einzelnen Spiele mit einander liegen, der entweder so eng ist, daß überhaupt nur ein einziges Spiel mit unterscheidbaren Phasen vorliegt (z. B. beim Quodlibet, Bierskat, Lachs u. s. w.), oder derartig die Spieltätigkeit beherrscht, daß das Weiterspielen veranlaßt und beinflußt wird von dem Gewinn oder Verlust im vorhergehenden Spiel, und es infolgedessen nicht üblich ist, es bei einem einzelnen Spiel oder einer einzelnen Runde bewenden zu lassen. Der Falschspieler wird nicht bei jedem einzelnen Spiel betrügen, sondern die Reihe der aufeinander folgenden Spiele zu seinem Betrug benutzen, die meisten großen Spiele gewinnen, einzelne verlieren oder unbenutzt vorübergehen lassen, um desto sicherer wieder zu gewinnen. Hier nur die Vermutung aufzustellen, daß der als Betrüger entlarvte Gewinner bei allen Spielen betrogen hat, um so dem Getäuschten den Beweis der Täuschung zu erleichtern[1], und ihm so zu ermöglichen, dem Betrüger die Beute wieder abzujagen, dürfte nicht weit genug gehen, da dem Betrüger gegen die Vermutung ja der Gegenbeweis freisteht, daß er bei dem einzelnen Spiel nicht betrogen hat. Es dürfte vielmehr hier trotz der Bedenken der Motive am praktischsten sein, den Begriff des fortgesetzten Spiels anzunehmen und das Urteil darüber, ob die einzelnen Spiele Teile einer zusammenhängenden Reihe sind, dem verständigen richterlichen Ermessen überlassen. Anders liegt die Sache, wenn nur im einzelnen Fall eine Täuschung begangen ist, so wenn jemand seinem Mitspieler, während dieser zufällig einmal aufgestanden ist, in die Karten gesehen hat. Ein einheitliches Spiel wird hierdurch auch in seiner ganzen Ausdehnung angegriffen, bei einem nur

[1] Vergl. Bähr, Gegenentwurf § 704 Anm.

fortgesetzten Spiel aber hier die Vermutung aufzustellen, daß der Falschspieler auch bei allen anderen Spielen in fremde Karten gesehen hat, dürfte nicht zu begründen sein.

Bei der Wette sind von alters her zwei Täuschungsfälle häufig gewesen, die sogenannte Wette à coup sûr und die zweideutige Wette. Wetten à coup sûr nennt man die Wetten, bei denen der eine Wettende sichere Kunde von dem Ausgang der Wette hat und den Gegner auf diese seine Kenntnis nicht aufmerksam macht[1]. Wie weit diese Offenbarungspflicht geht, wird beim einzelnen Fall verschieden sein, je nach den sonstigen Beziehungen der Parteien zu einander und dem Charakter des Streites, seiner Heftigkeit und seiner Bedeutung. Durchgängig richtig wird sein, daß Gewißheit über den Ausgang der Wette dann eine die Anfechtung begründende Täuschung bedeuten kann, wenn die Mitteilung der Gründe, die dem einen Wettenden seine Gewißheit verschafft haben, die andere Partei zum Schweigen gebracht und vom Wetten zurückgehalten hätte. Wer aber aus seinem langjährigen Verkehr mit einem Freunde weiß, daß dieser dem Einwand „ich habe es soeben gelesen", damit begegnen wird „dann hast Du Dich eben verlesen", kann gegebenen Falls ohne sich einer Täuschung schuldig zu machen à coup sûr wetten. Zweideutige Wetten sind solche, bei denen die Entscheidung sich aus einem ganz anderen Grunde ergibt, als wie der eine Wettende angenommen hat. Es wird gestritten, ob das Zitat „der Mohr hat seine Schuldigkeit getan, der Mohr kann gehn" von Shakespeare oder Schiller stammt, und die Wette dahin festgelegt, daß es in Schillers Fiesko nicht steht. Die Feststellung ergibt, daß Schillers Mohr nicht von „Schuldigkeit" sondern von „Arbeit" redet, und auch hier wird man unter entsprechender Berücksichtigung der Verhältnisse dem Ver-

[1] Vergl. Preußisches Landrecht l. c. § 580, Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch l. c. § 1270, Satz 2.

lierer das Anfechtungsrecht zugestehen müssen. Die §§ 133 und 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches werden dem Verlierer außerdem vielfach günstig mit ihren Auslegungsregeln zur Seite stehen.

Alle diese Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit werden bei der geschmälerten Rechtskraft von Spiel- und Wettverträgen nur für die Rückforderung des Geleisteten von Bedeutung sein, und dem Verlierer die Veranlassung geben, auf Grund der §§ 812 und 817 des Bürgerlichen Gesetzbuches von dem Gewinner die Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern.

3. Die Beschränkung in der Wirkung.

§ 13.

Die Beschränkung in der rechtlichen Wirkung der Spiel- und Wettverträge besteht darin, daß eine Verbindlichkeit zur Leistung aus ihnen nicht besteht. Es kann nicht bloß ihre Erfüllung verweigert werden. Einer Weigerung bedarf es nicht, keiner Einrede im Prozeß, der Richter hat von Amts wegen eine Klage abzuweisen, die auf einer Spiel- oder Wettschuld fußt. Ist aber geleistet, so wird die Gültigkeit der Leistung nicht dadurch berührt, daß eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat; dies gibt kein Rückforderungsrecht und ist bei einer Klage ebenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen. Beide Sätze des § 762, Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind zwingenden Rechts. Die Frage aber, die sich nun erhebt, ist: wann ist geleistet.

Die Zeit kommt hier in Betracht: ist es gleich, ob vor oder nach der Entscheidung gezahlt wird? Matthiass[1] gibt an, die Leistung, mag sie vor oder nach der Entscheidung der Bedingungen erfolgt sein, kann nicht wegen der Negierung einer Verbindlichkeit zurückgefordert werden.

---

[1] Matthiass, „Bürgerliches Gesetzbuch“ § 130, S. 637 ff.

Auch Cosack[1] scheint derselben Ansicht zu sein, indem er sagt, daß der Verlierer, wenn er den Gewinn bereits entrichtet hat, seine Leistung nicht zurückfordern kann, und bei einer bestellten Sicherheit und einem geleisteten Vorschuß zu demselben Resultat kommt. Diese Ansicht dürfte sich aber mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Übereinstimmung bringen lassen, indem es hier heißt „das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete". Ein Grund zum Leisten kann das Spiel oder die Wette immer erst nach der Entscheidung abgeben. Vor dieser ist noch gar keine Schuld vorhanden, noch gar keine Gewißheit darüber da, ob überhaupt etwas zu leisten ist. Das Geld, das vor der Entscheidung auf eine Karte gesetzt wird, hat wohl die Bestimmung, falls der Setzende verliert, als Bezahlung zu dienen, aber der Spieler, den das Spiel gereut, kann sein eigenes Geld zurücknehmen, und wenn er nach der Entscheidung, aber vor dem Einholen durch den Kroupier den Einsatz zurücknimmt, so nimmt er noch sein Geld, nicht fremdes Eigentum, er handelt unfein, aber er begeht keinen Diebstahl[2]. Vielfach ist das bar Gesetzte garnicht dazu da, dem Bankhalter als Erfüllung zu dienen, sondern nur eine verabredete Spielform. Wenn eine Karte nur einmal besetzt werden darf und Treffbube der Favorit ist, so läßt der Spieler den Satz im Falle des Verlustes stehen und zahlt aus der Tasche, um ihn fortdauernd „in Pacht" zu behalten. Das Setzen ist somit noch keine Leistung. Eine Leistung liegt aber dann vor, wenn der Spieler der Einziehung gegenüber passiv bleibt[3]. Noch weniger ist eine Leistung auf Grund des Spiels oder der Wette dann anzunehmen, wenn nicht gesetzt ist, sondern vor der Entscheidung eine Summe bei dem Spielgegner oder einem Dritten hinterlegt ist.

[1] Cosack, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 156, S. 572.

[2] In der Literatur bestritten.

[3] Vergl. Crome, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 289; Dernburg, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 212. I. 3.

Oertmann[1] macht hier auf den Unterschied aufmerksam, ob die Hinterlegung rücknehmbar oder nicht mehr rücknehmbar ist, und nimmt eine wirkliche Leistung dann an, wenn der Betrag zu Gunsten des Gewinners hinterlegt ist, die Hinterlegung nicht rücknehmbar ist und er zugleich einen klagbaren, wenn schon vielleicht noch bedingten Anspruch auf die Auszahlung erworben hat. Hiergegen ist zu bemerken, daß die Rücknahme einer Sicherheitsleistung zu Gunsten des Gewinners im Spiel bei der vernichtenden Kraft des Spieleinwandes wohl immer durchführbar ist, mag der Hinterlegende auch ausdrücklich verzichtet oder den Dritten bevollmächtigt haben, die hinterlegte Summe auch gegen seinen Widerspruch auszuzahlen. Es gilt hier dasselbe wie beim Setzen, duldet er, daß der Gewinner das Hinterlegte sich aneignet, so leistet er. Nur anders wie beim Setzen, ausdrücklich[2], in besonderen Formen, muß sich hier das Dulden, das Einverstandensein mit der Wegnahme offenbaren. Auch durch Übereignung vor der Entscheidung wird die Absicht des Gesetzes, daß eine Verbindlichkeit nicht begründet werden soll, nicht vereitelt werden können[3]. Auch die bedingte Übereignung ist keine Erfüllungsleistung, denn im Moment der Übereignung hofft der Übereignende noch zu gewinnen, während des Schwebens der Bedingung spielt er, und wenn er bei einem Verlust seines Eigentums verlustig gehen soll, so kann dies nicht ohne sein Zutun geschehen, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen muß er in die Aufgabe seines Eigentums willigen, die Entscheidung durch das Spiel kann eine dahingehende Willenserklärung nicht ersetzen. Wenn während der Schwebezeit weiter über den Gegenstand verfügt wird,

[1] Oertmann, „Recht der Schuldverhältnisse“ zu § 782.

[2] Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 38, S. 232 ff.; Dernburg l. c. § 512. I. 3.

[3] Anders Cosack, Bürgerliches Gesetzbuch § 156; Oertmann l. c. ad § 762.

so greifen im Falle des Spiels oder der Wette die Vorschriften des § 161 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht Platz. Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und Konkurshandlungen leiden nicht unter einem Spielvertrag.

Neben der Zeit der Leistung kommt die Art der Leistung in Frage. Auch für Spiel und Wette gilt, daß das Schuldverhältnis (wenn man so das Verhältnis zwischen Gewinner und Verlierer benennen darf) erlischt, wenn der Gewinner eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs Statt annimmt. Statt bar Geld zu zahlen, kann der Verlierer durch Hingabe von Briefmarken, Coupons, sowie jede Art von Sachen sich von seiner Last befreien. Ist der Verlierer dem Gläubiger noch aus einem anderen Schuldverhältnis verpflichtet, so kann er bei einer Leistung, die nicht sämtliche Schulden tilgt, bestimmen, daß die Spielschuld ganz oder teilweise neben den anderen klagbaren Schulden getilgt werde. Absatz 2 des § 366 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der davon handelt, was geschieht, wenn der Schuldner keine Bestimmung trifft, welche von mehreren Schulden die geleistete Zahlung tilgen soll, wird aber nur mit der Rücksicht angewandt werden können, daß der Schuldner kein Recht auf die Tilgung der Spielschuld hat, und somit in dem gedachten Fall nicht die Spielschuld als fällige oder dem Schuldner lästigere oder dem Gläubiger weniger sichere oder ältere oder gleichartige Schuld in Betracht kommen kann. Eine besondere Behandlung ist der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld in dem Fall zuteil geworden, daß der Verlierer zum Zwecke der Befriedigung des Gewinners diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt. Es ist oben ausgeführt, daß allgemeine Regeln, wie sie im gemeinen Recht für die Erfüllung einer obligatio naturalis bestanden, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgestellt sind. Die Erfüllung eines unvollkommenen Schuldverhältnisses ist hier von Fall zu Fall geregelt und zwar wird bei der Spiel- und Wettschuld diese Unvollkommenheit besonders streng

durchgeführt. Sie ist gleich der Schuld aus dem Freiwerberlohn (§ 656 B.G.B.) so gestellt, daß auch durch eine Vereinbarung eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere nicht durch ein Schuldanerkenntnis. Diese neue Verbindlichkeit der gleichen Behandlung wie die Spiel- und Wettschuld selbst zu unterwerfen, bietet keine Schwierigkeit, sobald die neue Verbindlichkeit einen kausalen Charakter hat. Anders liegt die Sache bei einem abstrakten Verpflichtungsakt. Schon äußerlich wirkt hier der Unterschied dadurch ein, daß der Richter die Beziehungen zu einer Spiel- oder Wettschuld aus ihm nicht entnehmen kann und deswegen der Verlierer gezwungen ist, seinerseits den Beweis zu führen, daß dem abstrakten Verpflichtungsakt eine Spiel- oder Wettschuld zu Grunde liege. Daß das Zugrundeliegen dieser causa hier bei einem abstrakten Schuldverhältnis Einfluß hat, sagt der Abs. 2 des § 762 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücklich mit dem „insbesondere", wie Planck[1] angibt, nur um Zweifel und Streitigkeiten abzuschneiden, so daß der Verlierer nicht genötigt ist, auf dem Umwege der Bereicherungsklage aus § 812 des Bürgerlichen Gesetzbuches den Mangel der causa zur Geltung zu bringen, und der Nachweis einer Spiel- oder Wett-causa nicht nur einredeweise, sondern absolut vernichtend wirkt[2].

Als abstrakte Verbindlichkeit kommt neben dem Schuldanerkenntnis vor allem der Wechsel in Betracht. Ein Wechsel kann gleich barem Gelde sein. Ein von zahlungsfähigen Wechselpersonen gezeichneter Wechsel mit Blankoindossement wird nicht nur erfüllungshalber,

---

[1] Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ad § 762.

[2] Dafür Oertmann l. c. ad § 762, Endemann l. c. S. 847; dagegen Collatz in Ihering's Jahrb. Bd. 40, S. 144 ff.

sondern auch an Erfüllungs Statt genommen, und wenn ein Verlierer einen solchen Wechsel, der seine Unterschrift nirgends trägt, dem Gewinner übereignet, so hat er eine Leistung vorgenommen, die ihn weiter nicht verpflichtet und nicht rückforderbar ist. Anders ist dies mit der Hingabe eines Wechsels zur Deckung einer Spiel- oder Wettschuld, bei der der Geber in Wechselform eine Leistung übernimmt. Die Frage, ob ein solcher Wechsel zahlungshalber oder an Zahlungs Statt hingegeben ist, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 364, Abs. 2) in Übereinstimmung mit der bisherigen Lehre und Praxis dahin beantwortet worden, daß die Vermutung für eine Hingabe zahlungshalber spricht. Wird ausnahmsweise ein Wechsel ausdrücklich an Zahlungs Statt gegeben, so tritt die im sonstigen Geschäftsleben eintretende Folge, daß bei Nichteinlösung des Wechsels die alte Forderung nicht wieder auflebt, in gleicher Weise bei der Spiel- oder Wettschuld ein. Sie ist erloschen und kann nicht mehr erfüllt werden. Die Spiel- oder Wettcausa verhindert aber auch die Geltendmachung eines möglichen Wechsel- oder Gewährschaftsanspruches zwischen Gewinner und Verlierer. Auch das Eigentum an der Wechselurkunde kann der Verlierer geltend machen, ohne daß dem Gewinner auch nur ein Zurückbehaltungsrecht zusteht[1]. Bei einer zahlungshalber erfolgten Hingabe eines Wechsels ist von vornherein nicht beabsichtigt, daß der Empfänger durch den Empfang des Wechsels befriedigt sein soll, sondern er soll sich durch die Einziehung des Wechsels erst bezahlt machen. Eine solche Leistung erledigt das Verhältnis der Parteien noch nicht derartig, daß es dabei „sein Bewenden behalten" kann. Sie ist vielmehr vorbereitender Art, sie bahnt die Erfüllung an,

[1] Vergl. Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 47, S. 52. Entscheid des O.L.G. Hamburg vom 30. Nov. 1901 in der Rechtsprechung Bd. 4, S. 236.

ist aber noch keine Erfüllung[1]. Zwischen Geber und Nehmer des Wechsels wird daher bei dem auch hierbei maßgebenden Einfluß der Spiel- und Wettcausa trotz der abstrakten Natur des Wechsels keine Wechselverbindlichkeit begründet. Indossiert aber der Nehmer des Wechsels diesen weiter an einen gutgläubigen Dritten, so tritt der Artikel 82 der Wechsel-Ordnung dem § 762 Bürgerlichen Gesetzbuches entgegen und trotz dieses Paragraphen muß der Verlierer den Wechsel einlösen. Bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte man versucht, hier einen Unterschied zu konstruieren, ob der Verlierer den Wechsel freiwillig oder nicht freiwillig einlöst. Dieser Versuch ist aber als undurchführbar aufgegeben[2]. Auch eine Bereicherungsklage dem Verlierer gegen den Gewinner zu geben, wenn der Gewinner den Wechsel weiter begeben hat, Valuta hierfür erhalten und der Verlierer ihn dann eingelöst hat, ist nicht angängig. Der Betrag, den der Gewinner auf diesem Wege erhalten hat, steht einer ihm unmittelbar geleisteten Zahlung gleich, und der Verlierer kann, nachdem er die Wechsel von dem gutgläubigen Erwerber eingelöst hat, von dem Gewinner die diesem seitens der Wechselnehmer gezahlte Valuta ebensowenig zurückfordern, wie er zur Kondiktion einer von ihm unmittelbar geleisteten Zahlung berechtigt sein würde. Auch der nur zahlungshalber gegebene Wechsel ist in erster Linie nicht Sicherungs-, sondern Befriedigungsmittel, und die weitere Begebung des Wechsels durch den ursprünglichen Wechselnehmer ist nicht nur zulässig, sondern sie ist auch die regelmäßige und nächstliegende Art, das Befriedigungsmittel zu verwerten[3]. Wenn dagegen

---

[1] O.L.G. Hamburg in der in Anm. 1 S. 58 zitierten Entscheidung, Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 35, S. 197.

[2] Protokolle Bd. 2, S. 803.

[3] Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 10. April 1895 in den Entscheidungen Bd. 35, S. 197 und vom 18. April 1900 in der Hanseatischen Gerichtszeitung, Jahrg. 1900, Hauptbl., S. 253.

zwischen Verlierer und Gewinner vereinbart ist, daß der Wechsel über die Spiel- oder Wettschuld nur zur Sicherheit dienen solle und nicht weiter begeben werden dürfe, so könnte ein Verstoß gegen diese Vereinbarung dem Verlierer einen Bereicherungsanspruch gegen den Gewinner geben.

Bei einer Anweisung, die besonders häufig in der Form der Schecks zur Deckung einer Spiel- oder Wettschuld verwendet werden wird, gilt der Grundsatz des § 788 des Bürgerlichen Gesetzbuches: Anweisung ist keine Zahlung. Der Scheckempfänger hat auf Grund des Schecks kein eigenes Recht wider den Angewiesenen, sondern er tritt nur als Empfangsbevollmächtigter des Ausstellers auf, und solange nicht der Angewiesene die Leistung bewirkt oder die Anweisung annimmt, hat der Aussteller jederzeit das Recht, sie zu widerrufen (§ 790 B. G. B.). Die Ausstellung eines Schecks regelt das Rechtsverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Empfänger nicht neu, sondern trotz der Anweisung bleibt das der Scheckbegebung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis maßgebend. Eine Leistung dürfte dagegen dann anzunehmen sein, wenn der Verlierer auf Veranlassung des Gewinners eine Anweisung annimmt, durch die der Gewinner sich einer Verpflichtung gegen einen Dritten entledigt, so daß nun der Verlierer die Schuld übernommen hat. Bei den Kommissionsberatungen[1] war hier ein Antrag eingebracht, dessen Tendenz dahin ging, daß der Gewinner in diesem Fall den Verlierer von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien und falls dieser erfüllt habe, ihm das in dieser Erfüllung Geleistete zu ersetzen habe. Dieser Antrag ist aber nicht Gesetz geworden. So greifen daher die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches derart in einander, daß der Vertrag zwischen dem Gewinner und Verlierer, der Verlierer solle Schulden des Gewinners bezahlen, durch Absatz 2 des

[1] Protokolle Bd. 2, S. 802.

§ 762 betroffen wird: die Vereinbarung, daß der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit übernehmen soll, ist nicht bindend. Dagegen ist der Vertrag, den der Verlierer mit einem Dritten schließt, daß er an Stelle des Gewinners Schuldner des Dritten werde, verbindlich, trotzdem der Schuldübernahme eine Spielschuld zu Grunde liegt. Der § 417 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches sagt ausdrücklich: „Aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten." Vorausgesetzt ist natürlich, daß auf seiten des Gläubigers guter Glaube vorhanden ist, daß er von der Spielcausa nichts weiß[1].

Auch eine Aufrechnung[2] kann eine endgültige Leistung darstellen, wenn der Verlierer im Wege des Vertrages freiwillig die Erklärung abgibt, daß er seinen Verlust mit seiner Forderung an den Gewinner aufrechne[3]. Dagegen kann der Gewinner nicht gegen den Willen des Schuldners mit einer Forderung, die dieser gegen ihn hat, aufrechnen[4]. Es kann nicht einmal eine Forderung zur Aufrechnung verwandt werden, der eine Einrede entgegensteht (§ 390 B. G. B.), vielweniger kann ein Rechtsverhältnis dazu einen Anlaß abgeben, bei dem nicht einmal eine Verbindlichkeit besteht. Dagegen dürfte dem nichts im Wege stehen, daß Spielschuld mit Spielschuld aufgerechnet wird, mit der Wirkung, daß eine nachträgliche Leistung nicht mehr als

[1] Vergl. die Regelung im Falle der Täuschung im § 123 Abs. 2 B. G. B.

[2] Über eine Aufrechnung im Kontokorrentverkehr vergl. das Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 15. Jan. 1903 in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1903, S. 35.

[3] Vergl. Dernburg, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 212. I. 2.

[4] Vergl. Urteile des Reichsgerichts in Civilsachen vom 19. Dez. 1879 in Entscheidungen Bd. 1, S. 130 und vom 22. Juni 1895 in Entscheidungen Bd. 35, S. 288.

Erfüllung gilt, sondern mit der Bereicherungsklage zurückgefordert werden kann. Ein Vergleich über die Zahlung einer Spiel- oder Wettschuld ist auch nur mit der Maßgabe möglich, daß aus ihm keine weiteren Verbindlichkeiten entstehen. Alle zur weiteren Ausgestaltung einer solchen Schuld dienenden Rechtsgeschäfte sind kraftlos, daher auch Vereinbarungen durch die für den Streitfall ein besonderer Weg der Aburteilung, ein schiedsgerichtliches Verfahren, oder die Entscheidung durch ein nicht schon durch Gesetz berufenes Gericht vorgesehen wird[1]. Anders liegt dagegen die Sache, wenn zwischen den Parteien darüber gestritten wird, ob ein Vertrag ein rechtlich gültiges Geschäft oder Spiel ist, und ein solcher Streit über diese Frage bei der ganzen Sachlage bestehen konnte. Ein Vergleich hierüber kann nicht als ein unfruchtbares und gefährliches Geschäft betrachtet werden; es liegt sogar ein Bedürfnis vor für die Möglichkeit, derartige Streitigkeiten durch Vergleich schlichten zu können, und die Wirksamkeit eines solchen Vergleichs darf nicht an eine sofortige Erfüllung gebunden werden[2]. Beruft sich jemand auf diesen Inhalt des Vergleichs, daß durch ihn die subjektive Ungewißheit der Parteien über den rechtlichen Charakter ihres Vertragsverhältnisses behoben werden sollte, so trifft ihn die Beweislast, daß in Wirklichkeit über die Gültigkeit der Ansprüche gestritten ist und der Vergleich nicht nur die Höhe der Spielschuld betraf, sondern auch zur Beilegung jenes Streites diente[3]. Wirksamkeit erhält jeder Vergleich über die Ansprüche aus einem Spielvertrag ebenso wie ein Spielvertrag selbst durch Erfüllung[4].

[1] Vergl. Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 1. März 1901 in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1901, S. 285.

[2] Vergl. Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 2. Juli 1901 in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 6, S. 508.

[3] Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 8. Juli 1902 in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1902, S. 264.

[4] Urteil des O.L.G. Hamburg vom 12. Dez. 1901 in der Rechtsprechung Bd. 4, S. 234.

Wie eine Spiel- oder Wettschuld weder durch Schuldanerkenntnisse und Schuldversprechen, noch durch Wechsel, noch Vergleich klagbar gemacht werden kann, so kann sie auch durch Bürgschaft oder Pfand nicht rechtsverbindlich gesichert werden. Pfandbestellung und Bürgschaftsübernahme bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Gültigkeit des ihnen zu Grunde liegenden Geschäfts. Eine nur scheinbare Ausnahme macht hiervon die Bürgschaft per aval auf einem Wechsel. Wer einen Wechsel per aval mit unterzeichnet, übernimmt damit nicht eine Bürgschaft nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern eine Wechselverpflichtung, die nur insofern accessorischer Natur ist, als sie zu ihrer Entstehung eine den Formvorschriften der Wechselordnung entsprechende Erstunterschrift eines Hauptverpflichteten bedarf. Eine Wechselverpflichtung aus der Avalunterschrift besteht nach der Praxis des Reichsgerichts[1] selbst dann, wenn die Wechselverpflichtung aus der Erstunterschrift nicht besteht, weil diese Unterschrift gefälscht oder wegen mangelnder Wechselfähigkeit unverbindlich ist, so daß der Hauptschuldner aus dem Wechsel sich mit der Spieleinrede befreien kann, die seinem Avalisten ohne weiteres nicht zusteht[2]. Zahlt ein Bürge in Kenntnis der Spielschuld als Grundlage diese, so ist diese Zahlung als Leistung gültig und unanfechtbar, und dasselbe wird man selbst dann sagen müssen, wenn er in Unkenntnis des Rechtsgrundes zahlt. Wie der Bürge, so steht auch der Erbe, der eine Spielschuld seines Erblassers berichtigt: ob er den Schuldgrund kennt oder nicht, er zahlt eine in ihrer Erfüllung vom Gesetz als bestehend anerkannte Schuld.

---

[1] Vergl. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 3, Nr. 546.

[2] Vergl. Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 10. Nov. 1897 in Entscheidungen Bd. 40, S. 57.

4. Einwirkung der Beschränkung auf andere Rechtsgeschäfte, die dem Spiel- oder Wettzweck dienen sollen.

§ 14.

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen (§ 662 B.G.B.). Verboten ist es im Gesetz nirgend einen Auftrag zu einem Spiel oder zu einer Wette zu übernehmen, es verstößt ein solcher Auftrag auch nicht gegen die guten Sitten, und die Ausführung braucht auch nicht mit einem gesetzlichen Verbot zu kollidieren. Trotzdem wird von der Praxis bei dem Auftrag zum Spiel oder zur Wette ebensowenig wie bei diesem selbst eine Verbindlichkeit anerkannt, und das Reichsgericht[1] stellt, ausgehend von den Bestimmungen des Preußischen Landrechts, über Spiel und Wette den Satz auf: „Ist der Spielvertrag unverbindlich, so ist es mit rechtlicher Notwendigkeit, ebenso wie der Gesellschaftsvertrag zum Spiele, auch der Auftrag und die Vollmacht zum Spiele. Der Auftrag zum Spiel ist erlaubt wie das nicht verbotene Spiel; aber ebensowenig das Gesetz eine Klage aus dem Spielvertrag gibt, so wenig kann es eine solche aus dem Auftrage zum Spiele auf die Ausführung des Spiels zulassen. — Gibt es keine Klage daraus, daß gespielt ist, so kann es auch keine Klage daraus geben, daß nicht gespielt ist.“ Das hanseatische Oberlandesgericht Hamburg kritisiert in einem Urteil vom 21. Dezember 1901[2] diese Sätze und behauptet, indem es davon ausgeht, daß es einer besonderen Rechtfertiguug bedürfe, wenn man dem Mandanten entgegen den Bestimmungen des § 662 des Bürgerlichen Gesetzbuches den Anspruch auf Ausführung

[1] Vergl. Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 6. Nov. 1897 in Entscheidungen Bd. 40, S. 259.

[2] Rechtsprechung Bd. 4, S. 232.

des Auftrages versagen wolle, daß die vom Reichsgericht hierüber aufgestellten Sätze eine solche Rechtfertigung nicht enthalten und daß der letzte der oben zitierten Sätze damit nicht übereinstimme, daß das Reichsgericht den Anspruch auf Auszahlung des einkassierten Gewinnes zuläßt, der mit auf der Tatsache beruht, daß gespielt ist, und es also im Verhältnis des Mandanten zum Mandator eine Klage daraus anerkennt, daß gespielt ist. Dem hanseatischen Oberlandesgericht ist darin beizupflichten, daß diese Begründung des Reichsgerichts für die Sachlage unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zutreffend sein dürfte, da das Reichsgericht aber in dem zitierten Urteil vom preußischen Landrecht ausgeht und ausdrücklich die Bestimmung derselben zum Ausgangspunkt seiner Bestrebungen nimmt, wonach selbst ein Darlehn zu Spiel oder Wette oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes unklagbar ist, verbietet es sich von selbst die Ausführungen des Reichsgerichts bedingungslos auf Tatbestände unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden. In der Sache selbst aber wird man auch hier zu demselben Resultat kommen[1]. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt durch Spiel und Wette gar keine Verbindlichkeit begründet werden, es respektiert aber ihre Folgen, da beide in der Sitte anerkannt sind. Spiel und Wette gehören dem gesellschaftlichen Verkehr an, nicht dem Rechtsverkehr, und so wenig es, um mit Ihering zu reden, eine Klage auf den ersten Walzer gibt, so wenig gibt es eine Klage auf Ausführung von Spiel und Wette. Spiele und Wetten sind keine „Geschäfte", wie sie § 662 des Bürgerlichen Gesetzbuches verlangt. Es bedarf eines Zurückgreifens auf die Gründe, die zur beschriebenen Behandlung von Spiel und Wette geführt haben, auf ihre

[1] Vergl. Cosack, „Bürgerliches Gesetzbuch" Bd. 1, S. 566, Nr. 3; Dernburg, Bürgerliches Gesetzbuch" Bd. 2, S. 142. Die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch ad § 762: Planck, Bd. 2, S. 503; Neumann, Bd. 1, S. 350.

Gefährlichkeit und Unwirtschaftlichkeit nicht; die einfache Tatsache ihrer Stellung im Bürgerlichen Gesetzbuch führt als Konsequenz mit sich, daß sie nicht Gegenstand eines klagbaren Auftrages sein können. Und wie das Bürgerliche Gesetzbuch sich mit dem tatsächlichen Ergebnis von Spiel und Wette abfindet, und es als zu Recht bestehend anerkennt, so muß es konsequenter Weise auch den tatsächlich bewirkten Erfolg des Auftrages als rechtlich zu beachtende Tatsache hinnehmen. Mit der Beendigung des Spiels, der Entscheidung der Wette und der geschehenen Leistung auf Grund derselben ist das Gebiet der Sitte verlassen und die rechtsgeschäftlichen Bestimmungen greifen wieder Platz, die bei einem Auftrag dem Mandanten eine Klage auf Herausgabe des Erlangten zuerkennen (§ 667 B.G.B.). Der Anspruch auf Herauszahlung beruht nicht mit auf der Tatsache, daß gespielt ist, sondern lediglich auf der Tatsache, daß geleistet ist zu Gunsten des Gewinners.

Mehr Schwierigkeiten bereitet die Frage nach dem Ersatz der Auslagen des Beauftragten. Dem Beauftragten, der Gewinn abliefern muß, das Recht zu versagen, den Ersatz seiner Aufwendungen in Ansatz zu bringen, würde gegen Treu und Glauben verstoßen, die in dem Vertragsverhältnis, das hinsichtlich der Ablieferung des Erlangten zwischen Auftraggeber und Beauftragten besteht, zu berücksichtigen sind. Was der Auftraggeber dem Beauftragten zum Setzen gegeben und dieser gesetzt hat, ist geleistet, nicht mittels des juristischen Auftragsverhältnisses, das beim Spiel nicht möglich ist, sondern mittels Boten. Der Beauftragte hat keine anders zu beurteilende Tätigkeit ausgeübt, wie ein Spieler, der für einen andern setzt, wenn dieser wegen großen Andranges an den Spieltisch nicht selber heranlangen kann[1]. Wo dagegen eine Boten-

[1] Der Dienstmann, der zum Totalisator geschickt wird, kann seinen Lohn beanspruchen.

tätigkeit des Beauftragten nicht ausreicht, da verpflichtet er den Auftraggeber zu nichts. Auf Erstattung seiner Spiel- oder Wettaufwendungen oder auf Provision kann er seinen Auftraggeber mangels jedes rechtlich beachteten Verhältnisses zwischen ihnen nicht belangen [1]. Aus demselben Mangel leitet sich auch die Unmöglichkeit her, Schadensersatz wegen Nichtausführung eines Spiel- oder Wettauftrages zu verlangen. — Entsprechend dem Auftrag zum Spiel ist auch ein Gesellschaftsvertrag zu behandeln.

Einer besonderen Würdigung bedarf noch das Darlehn, das von verschiedener Bedeutung ist, je nachdem es von einem Unbeteiligten oder von einem Mitspieler gewährt ist, je nachdem es zum Spielen selbst oder zum Bezahlen einer Spielschuld gegeben ist. Von dem früher geltenden Recht bestimmte das Preußische Landrecht l. c. § 581: „Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und geliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden", und im Französischen Recht gab der Art. 1965 mit der Fassung: „la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement du pari" der Rechtsprechung die Möglichkeit, als eine dette du jeu auch ein von einem Mitspieler einem andern Mitspieler zum Zweck des Spiels gegebenes Darlehn aufzufassen. Diese in einem großen Teil des jetzt einheitlichen Rechtsgebietes früher geltenden Bestimmungen auch im neuen Recht zu erhalten, war das Ziel verschiedener Anträge in den Kommissionsberatungen [2], die jedoch zu keinem Ergebnis führten, so daß das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner endgültigen Fassung besondere Bestimmungen für Darlehn, die in Beziehung zu Spiel oder Wette stehen, nicht enthält. Eine Nichtanwendung der §§ 607 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches bedarf daher

[1] Vergl. Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 5. April 1902 im „Recht" Bd. 6, S. 262.

[2] Protokolle, Bd. 2, S. 794 ff.

einer jedesmaligen besonderen Begründung. Eine solche Begründung dann zu finden, wenn das Darlehn von einem Unbeteiligten zur Bezahlung einer Spiel- oder Wettschuld an einen Dritten gewährt ist, dürfte schwer sein, und ebenso, wenn von einem solchen Unbeteiligten Geld geliehen wird, um mit anderen zu spielen. Jedes Rechtsgeschäft kann infolge besonderer Umstände gegen die guten Sitten verstoßen, und damit nichtig sein. Besonders treffen bei einem Darlehn die Voraussetzungen des § 138, Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches leicht zu. Aber, wo dies nicht der Fall ist, wird man lediglich aus dem Umstand, daß Spiel und Wette die Veranlassung zur Aufnahme des Darlehns gewesen sind, nicht die Klagbarkeit aus § 607 der Bürgerlichen Gesetzbuches zurückweisen, und man wird Dernburg[1] nicht beipflichten können, der ausführt: „Darlehn zum Zwecke des Spiels sind unklagbar, wenn sie zur Ermöglichung des Spiels gegeben sind. Dann verstoßen sie gegen die guten Sitten, mag es sich um erlaubte oder unerlaubte Spiele handeln. Denn auch soweit das Spielen erlaubt ist, ist Förderung des Spiels durch Darlehn verwerflich". Ein Spieldarlehn kann gegen die guten Sitten verstoßen, das ist oben gesagt, aber daß es, wenn es zum Spiel gegeben ist, a priori gegen die guten Sitten verstößt, kann nicht zugegeben werden[2].

Auch wenn ein Darlehn von einem Mitspieler gewährt wird, bedarf es des Zurückgreifens auf § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches, um eine Klaglosigkeit zu begründen, nur wird der Verdacht eines Verstoßes gegen die guten Sitten sich eher rechtfertigen lassen. Daß der Darlehnsgeber mitspielt, sagt noch nichts, er braucht das verliehene Geld nicht zu gewinnen, er kann ebensoviel, wie

---

[1] Dernburg, „Bürgerliches Gesetzbuch" § 212. II.

[2] Vergl. Cosack, „Bürgerliches Gesetzbuch" Bd. 1. § 156. 3. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ad § 762, Bd. 2, S. 502.

er verliehen, an einen Dritten verlieren; auch Darlehn während des Spiels sind nicht schon ohne weiteres ungültig, und nur dann wird man Darlehn, die von einem Mitspieler gewährt sind, die Klagbarkeit versagen können, wenn es sich der Sache nach nur um eine Kreditierung eines Spielverlustes handelt, obwohl die Kreditierung äußerlich in die Form eines Darlehns eingekleidet ist[1].

[1] Urteil des Reichsoberhandelsgerichts, Sammlung Bd. 25, S. 290.

Anhang.

Die besonderen Vorschriften der §§ 763 und 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Lotterie und Ausspielung.

§ 15.

Der § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt, daß ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag verbindlich ist, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Andernfalls finden die Vorschriften des § 762 des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung. Nur Lotterie oder Ausspielung können durch staatliche Genehmigung verbindlich gemacht werden, nicht andere Glücksspiel-Unternehmungen wie der Totalisator. Den Begriff der Lotterie und der Ausspielung setzt das Bürgerliche Gesetzbuch als gegeben voraus. Die bisherige Rechtswissenschaft und Praxis verwandte zur Definition vor allem den Begriff des Hoffnungskaufes[1], zumeist in der Absicht, damit den Lotterievertrag vom unerlaubten Spiel abzutrennen. Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, das Lotterie und Aus-

[1] Vergl. Cohn, „Lotterie- und Ausspielgeschäft" in Endemann's Handbuch des Handelsrechts, S. 47, und die dort zitierten Quellen.

spielvertrag unter dem Titel „Spiel und Wette“ behandelt und den Begriff des Hoffnungskaufes nicht aufgenommen hat, wird die Definition die richtige sein, die die Lotterie auffaßt als ein Unternehmen, das sich auf den Abschluß mehrerer gleichartiger Spielverträge richtet, nach deren Inhalt der Unternehmer, sich verpflichtet, bestimmte Gewinne unter die Gesamtheit der Personen auszulosen, die einen bestimmten Einsatz leisten[1]. Lotterie und Ausspielung werden danach auseinander zu halten sein, ob der Gewinn aus Gattungssachen oder einer Spezies besteht[2]. Die Lotterien zerfallen nach der Person ihrer Unternehmer in Staatslotterien und nicht fiskalische Lotterien, nach ihrem Spielerkreis in öffentliche und nicht öffentliche, wozu noch die hier nicht interessierenden Verschiedenheiten nach der Art der Gewinne, des Plans für die Entscheidungen u. s. w. kommen. Die Lotterie ist von Oberitalien her über Holland in Deutschland eingedrungen und hat als staatliche Einnahmequelle in vielen deutschen Bundesstaaten Aufnahme gefunden. Sie hat eine große Literatur hervorgerufen, der mit ihren verschiedenen Ansichten eine eingehende Bearbeitung bei Cohn[3] zuteil geworden ist.

Im Rahmen dieser Arbeit soll nur ein Punkt kurz berührt werden: die Wirkung der staatlichen Genehmigung. Schon vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch beschäftigte sich das Reichsrecht mit der Lotterieveranstaltung: Im Strafgesetzbuch § 286 wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft, wer Lotterien oder Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubnis öffentlich veranstaltet. Eine vielfach in der Wissenschaft vertretene Ansicht geht dahin, daß mit dieser Ordnung im Strafgesetzbuch die Materie des Lotteriespiels strafrechtlich erschöpfend geregelt und kein Raum vor-

[1] So Endemann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“, Bd. 1, S. 849.

[2] Vergl. Cohn l. c. S. 42.

[3] Cohn l. c.

handen sei für landesrechtliche Bestimmungen auf diesem Gebiet[1]. Die Praxis des Reichsgerichts[2] sowohl wie die des preußischen Kammergerichts hat sich dieser Ansicht aber nicht gefügt und die landesgesetzlichen Strafbestimmungen über das Lotteriespiel daneben für anwendbar erklärt, letzteres auch noch in einer Entscheidung[3] nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Wie somit auf strafrechtlichem Gebiet trotz der Autorität des Reichsstrafgesetzbuchs das Partikularrecht sich seine Kraft zu bewahren gewußt hat, so wird auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch seine Herrschaft in dieser Materie streitig gemacht. Der Streit dreht sich darum, ob die staatliche Genehmigung, von der das Bürgerliche Gesetzbuch im § 763 spricht, nur für das Gebiet des Bundesstaates Geltung hat, der die Lotterie genehmigt, oder für das ganze Reich. Materiell ist an dieser Frage vor allem Preußen interessiert, und man wird zugeben müssen, daß ein Fall wie ihn Cosack[4] konstruiert, Unzuträglichkeiten mit sich bringt. Cosack führt als Beispiel an, daß Preußen den Vertrieb der Lose einer Berliner Dombaulotterie in Berlin gestatten müsse, weil Reuß j. L. einem in Gera wohnhaften Agenten die Veranstaltung einer derartigen Lotterie erlaubt hat, und sagt, daß dem auch der § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht entgegenstehe; denn hier sei nicht einmal angedeutet, daß ein Einzelstaat Lotterie für ganz Deutschland erlauben könne, im Gegensatz zu der Formulierung der §§ 22 und 795, Abs. 2, des Bürgerlichen Gesetzbuches. Gleicher

[1] Vergl. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 2, § 204 ff.; Liszt, Strafrecht § 144, Anm. 1.

[2] Vergl. die Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen in den Entscheidungen Bd. 1, S. 220 und 277, Bd. 18, S. 5.

[3] vom 9. April 1900 in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 5, S. 209.

[4] Cosack, „Bürgerliches Gesetzbuch“ S. 574.

Ansicht wie Cosack ist Delius[1], der entschieden verneint, daß durch die Genehmigung der Lotterie in einem Einzelstaat die Veranstaltung für das ganze Reich zivilrechtlich mit verbindlicher Kraft ausgestattet werde. Er stützt seine Ansicht vor allem auf die von der der §§ 22 und 795 Abs. 2 abweichenden Fassung des § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches, und meint, daß diese Unterlassung des Hinweises auf die Zuständigkeit des Bundesstaates nicht aus Raummangel geschehen sein könne, sondern mit voller Absicht die Beschränkung der Gültigkeit habe bezeichnen wollen. Außerdem beruft er sich auf Artikel 73 des Einführungs-Gesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, der die Regalien dem Landesrecht vorbehält, indem er sich der Ansicht anschließt, die Lotterie als Regal aufzufassen. Cosack und Delius sind bis jetzt mit ihrer Ansicht so ziemlich allein geblieben, die meisten Rechtslehrer[2] stimmen mit Endemann[3] überein, der in § 22 und § 795 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade Analogien dafür findet, daß die staatliche Genehmigung einer Lotterie für das ganze Reich ebenso wirksam ist, wie die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein und die Genehmigung zur Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber durch einen Bundesstaat. Weiter weist Endemann darauf hin, daß der § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches allgemein die Verbindlichkeit sanktioniert, daß eine Norm des Inhalts, daß die Genehmigung eines Partikularstaates einen rechtsgültigen Vertrag nur für sein Gebiet schafft, nicht in das Reichsgesetz und nicht als Teil in die Kodifikation des bürgerlichen Rechts gehören würde, und daß für die Landesgesetzgebung kein

---

[1] in einem Artikel im Preuß. Verwaltungs-Blatt, Jahrg. 1897/98, S. 104 und 192.

[2] Vergl. die Kommentare von Planck und von Oertmann zu § 763 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

[3] Endemann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“ Bd. 1, S. 856, Anm. 22; ferner in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 3, S. 51 ff.

Vorbehalt zu Gunsten ihrer Lotterie gemacht werde. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht in Zivilsachen in einem Urteil vom 11. Mai 1901[1] ausgeführt, „wenn ein Lotterievertrag unter der Voraussetzung für gültig erklärt wird, die Lotterie staatlich genehmigt ist, so kann diese reichsgesetzliche Gültigkeitserklärung nur so gemeint sein, daß unter jener Voraussetzung der Lotterievertrag im ganzen Reichsgebiete gültig sein soll. Deshalb haben die landesgesetzlichen Verbote für alle bundesstaatlich genehmigten Lotterien ihre privatrechtliche Wirkung verloren." Ideal kann der somit geschaffene Rechtszustand auf dem Gebiete des Lotteriewesens allerdings nicht bezeichnet werden, denn jetzt kann der Fall eintreten, daß der Gerichtsvollzieher in Berlin mit der einen Hand ein Urteil auf Zahlung des Kaufpreises für ein Los der Mecklenburgischen Lotterie präsentiert und mit der andern eine Strafverfügung wegen des Spielens dieser Lotterie.

Zu erwägen ist noch die Folge davon, daß nirgends eine staatliche Genehmigung für die Veranstaltung einer Lotterie oder einer Ausspielung eingeholt ist. Trotz der Höhe der Strafe, mit der der § 286 des Strafgesetzbuches den Unternehmer in diesem Fall bedroht, wird man die Verträge nicht für nichtig erklären müssen, sondern sie nur den gleichen Vorschriften wie jedes andere Spiel unterwerfen. Die Tendenz dieses Paragraphen richtet sich nicht so sehr gegen die Lotterie selbst, als gegen das Umgehen der obrigkeitlichen Kontrolle, der in der Hauptsache ein finanzieller Gedanke zu Grunde liegt[2].

2. Das Differenzgeschäft.

§ 16.

Im bisherigen Recht bildete bei der Frage nach der rechtlichen Behandlung des Differenzgeschäftes den Aus-

[1] Abgedruckt in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 6, S. 307.

[2] Endemann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", Bd. 1, S. 855, sub 4b und Anm. 21.

gangspunkt der Streit über dessen rechtliche Natur: Spiel, Wette oder ein besonders geartetes gewagtes Geschäft[1]. Diesen Streit über die rechtliche Natur entscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, es erklärt nur, das Differenzgeschäft ist als Spiel anzusehen. Nach der Begriffsbestimmung, die der § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt, ist ein Differenzgeschäft ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß. Diese gesetzliche Begriffsbestimmung ist zurückzuführen auf die Praxis, die das Reichsgericht nach längerem Schwanken in letzter Zeit befolgt hat. Anfangs hatte es sich der des Reichsoberhandelsgerichts angeschlossen, die dahin ging[2], nur das „reine" Differenzgeschäft mit dem ausdrücklichen Ausschluß des Rechts und der Pflicht auf wirkliche Lieferung als solches zu behandeln. Später hatte das Reichsgericht es dann aber für das Vorliegen eines Differenzgeschäftes für ausreichend erklärt, wenn die Absicht des Lieferungsausschlusses sich ohne ausdrücklich hierauf zielende Vertragsbestimmungen schon aus den Umständen ergebe[3]. Der Reichstag erkannte an, daß diese Auslegung den gesetzgeberischen Ansprüchen genüge, hielt es aber doch für geboten, der Judikatur eine gesetzliche Stütze zu geben, um Schwan-

[1] Vergl. Schnütgen, „Das Differenzgeschäft" S. 25 ff.; Stobbe-Lehmann, „Deutsches Privatrecht" § 246, Anm. 4.

[2] Vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 15, S. 273 und Bd. 17, S. 42.

[3] Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen vom 29. Dez. 1894 in Entscheidungen Bd. 34, S. 82.

kungen in der Auffassung zu verhindern. Aber die Ergebnisse der Gerichtspraxis sind mit der Fassung des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur festgelegt, der Begriff ist erweitert gegenüber der Bestimmung des Reichsgerichts. Das Reichsgericht forderte eine Vereinbarung des Ausschlusses der wirklichen Erfüllung, wobei es allerdings dem Begriff der Vereinbarung eine ziemlich weite Ausdehnung gab. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch genügt es, daß bei einem Teil die Absicht dahin ging, nur die Kursdifferenz zu zahlen und daß der andere Teil diese Absicht kannte oder auch nur kennen mußte. Es wurde jedoch dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch das Inkrafttreten des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896 von vorneherein seine Bedeutung für diese Materie zum großen Teil entzogen, und die Folge dieser Konkurrenz war, daß man ausdrücklich in Artikel 14 sub 5 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 bestimmen mußte, daß die den Spieleinwand ausschließende Vorschrift des § 69 im zitierten Börsengesetz nicht vom Bürgerlichen Gesetzbuch als der jüngeren Rechtsquelle aufgehoben werde.

Auf Grund dieser in einander greifenden Gesetze ist die zurzeit bestehende Rechtslage folgende: Aus dem Kreis der Spekulationsgeschäfte, die mit Vorliebe zum Spiel mißbraucht werden, ist durch das Börsengesetz eine bestimmte Klasse abgesondert, nämlich die Börsentermingeschäfte. Diese definiert der § 48 des Börsengesetzes als Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waren oder Wertpapieren auf eine festbestimmte Lieferungszeit, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgelegt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminspreisen erfolgt. Die Feststellung der Terminspreise regelt das Börsengesetz in den §§ 29 und 45. Diese Börsentermingeschäfte sind klagbar, wenn

sie von Personen abgeschlossen werden, die vorschriftsmäßig hierfür in das Börsenregister eingetragen sind. Sie sind damit jedem Spieleinwand entzogen. Sind die betreffenden Personen aber nicht eingetragen, so sind diese Geschäfte ohne weiteres wie Spiele zu behandeln[1], und die Praxis des Reichsgerichts hat diese Bestimmungen bereits in ausgedehnter Weise auf alle Geschäfte angewandt, durch die der Zweck des Gesetzes, das Publikum vom Börsenspiel fernzuhalten, vereitelt wird[2]. Für die Vorschriften des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleiben somit nur die dem Spiel dienenden Geschäfte übrig, die keine Börsentermingeschäfte sind; bei diesen Geschäften sind aber auch die in das Börsenregister eingetragenen Personen den Bestimmungen des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches unterworfen. In Betracht kommen hierfür neben den Fixgeschäften, die nicht allen Vorschriften des § 48 des Börsengesetzes genügen, vor allem die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, soweit sie den Bedingungen des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen. Bei anderen Geschäften, die nicht unter die Definition dieses § 764 fallen, so z. B. bei den Kassageschäften, ist der Differenzeinwand nicht anwendbar, aber nichts steht dem im Wege, sie aus § 762 des Bürgerlichen Gesetzbuches zutreffenden Falls als Spiele zu behandeln.

[1] Vergl. § 66 des Börsengesetzes.

[2] Vergl. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897; Exkurs zu § 376, Bd. 2, S. 1326 ff.